Die Entwickelung der Theorien des Rechtsschutzanspruchs.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

A. Biniek,
Referendar.

1929

Spezialdruckerei für Dissertationen: Dr. Herm. Eschenhagen, K.-G., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gewidmet meinem Vater
in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung. Die Aufgabe. 7
§ 2. Die gemeinrechtliche Lehre vom Klagerecht. 7
§ 3. Die Entwickelung der publizistischen Klagerechtsbegriffe. . . . 9
I. Das sogenannte abstrakte Klagerecht bei Degenkolb und Plósz. . 10
II. Die Fortbildung der Lehre. 13
a) Die Anhänger Degenkolbs. 13
b) Die materielle Klagebefugnis Weismanns. 14
c) Der Justizanspruch von Groh. 16
d) Das rechtliche Interesse als Voraussetzung des Rechts auf Sachentscheidung. 18
e) Die evolutionistische Theorie Sauers. 19
III. Uebersicht der Meinungen. 19
§ 4. Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch. 21
I. Wach. 21
II. Seine Nachfolger. 24
III. Die Stellungnahme der Wissenschaft im übrigen zum Rechtsschutzanspruch. 27
IV. Die Bedeutung der Rechtsschutzlehre. 31
§ 5. Die Lehre vom materiellen Justizrecht. 32
§ 6. Die neuen privatrechtlichen Auffassungen. 36
I. Die monistisch-publizistische Theorie Krückmanns mit dem Rechtsscheinschutzanspruch. 37
II. Der Höldersche Klagerechtsbegriff. 38
III. Das Rechtsschutzbegehren als Anspruchsbetätigung bei Geib. . 39
IV. Die Lehre von der Einheit von Rechtsschutz und Recht. . . 40
§ 7. Schlußwort. 43
Verzeichnis des Schrifttums. 45

§ 1.

Die Frage nach der Anwartschaft auf gerichtliche Rechtspflegehandlungen und ihre Einordnung in das Rechtssystem hat in der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts einen noch heute unausgetragenen Streit der Meinungen entfesselt. Die literarische Flut zu diesem Thema zu vergrößern, mag bedenklich stimmen. Nicht blos im Privat- und Prozeßrecht, sondern auch im Staatsrecht wird um diese Fragen gekämpft. Der Umfang des Schrifttums erschwert die Orientierung so sehr, daß eine Zusammenfassung und Sichtung ihre selbständige Berechtigung hat. Wichtiger, als die ganze Fülle des Materials zu erschöpfen, erscheint die Aufgabe, die großen Züge der Entwicklung der Lehre darzustellen. Die Lösungsversuche sind so beispiellos mannigfach, die eingeschlagenen Wege so unendlich verworren, daß es notwendig, aber auch ausreichend erscheint, die Marksteine auf dem Wege der Lehre aufzuzeigen. Gelingt es, mit einem Wegweiser über den Stand der Lehre zu unterrichten, so wird die Aufgabe als gelöst betrachtet.

Das Problem wird bei weitem nicht einheitlich gefaßt. Es handelt sich ganz allgemein um die Anwartschaft auf gerichtliche Betätigung von Rechtspflegeakten im Zivilprozeß. Der Rechtsschutz im Strafprozeß, im Verwaltungsstreitverfahren und in den Gebieten der besonderen Gerichtsbarkeit bleibt bewußt außer Betracht. Man spricht bald vom Klagerecht, bald vom Urteilsanspruch, je nachdem man dem Anfang oder dem Ende des Prozesses ausschlaggebende Bedeutung beimißt. Die Betrachtung der beiden hervorragendsten Faktoren des Zivilprozesses Klage und Urteil erschöpft das Problem nicht. Es ist sicher, daß neben dem Entscheidungsverfahren auch das Sicherungsverfahren durch Arrest und einstweilige Verfügung sowie das Vollstreckungsverfahren die gleichen Beziehungen aufzuweisen hat. Wegen der Neutralität und der Universalität verdient die Verwendung des von Wach geprägten Ausdrucks „Rechtsanspruch" den Vorzug vor allen anderen Bezeichnungen.

§ 2.

Im praktischen Leben erscheinen Prozeßrecht und Privatrecht als einheitliches Rechtsgebiet. Der Prozeß wird nur

als Ergänzung der Privatrechtsordnung betrachtet, indem er den Geboten des Privatrechts den notwendigen Nachdruck gibt. Klagrecht hat hiernach, wer die Leistung seines Gegners durch Urteil erzwingen kann. Klagbarkeit und Klagrecht wurden daher ursprünglich nur im Privatrecht erörtert. Das römische Recht kannte ein Problem des Rechtsschutzanspruchs überhaupt nicht[1] und im gemeinen Recht ist der Begriff des Klagrechts nur von Zivilisten und vom privatrechtlichen Standpunkt aus dargestellt worden. Dies geschah in Fortentwicklung des Savigny'schen Grundgedankens, daß dem Prozeß nur die Klaghandlung mit ihren Bedingungen und Formen angehöre. Die Rechte wurden, „sofern sie vollkommen sind", identifiziert mit Klagerechten.

So lehrt Savigny:[2] „Die Klagerechte gehören nur zu dem Entwicklungsprozeß oder der Metamorphose, die in jedem selbständigen Rechte eintreten kann. Sie stehen daher auf gleicher Linie mit der Entstehung und dem Untergang der Rechte, welche gleichfalls als einzelne Momente in dem Lebensprozeß der Rechte, nicht als Rechte für sich aufgefaßt werden dürfen". Die Veränderung entstehe aus der Tatsache der Verletzung. Durch die Tätigkeit eines bestimmten Verletzers trete man in ein neues Rechtsverhältnis ein. Man könne von diesem Gegner die Aufhebung der Verletzung fordern. Der Kläger und der Beklagte stünden einander gegenüber wie Gläubiger und Schuldner. Das Recht in der neuen Gestalt nennt er Klagerecht. Das Prozeßrecht habe lediglich zum Inhalt die auf die Herstellung des gestörten Rechtszustandes abzweckenden Formen.

So sieht Puchta[3] die Klage als das Annexum eines Rechts, einen Zusatz zu seinem Inhalt an. Bruns[4] lehrt, das Klagerecht sei nur die konkrete Klagbarkeit des Rechts an sich; sie sei nur ein selbständig gesetztes Element des Rechts. Böcking[5] meint: die Klage, actio, ist im subjektiven Sinne als Klagerecht das Recht selbst in seiner Betätigung, als Recht sich geltend zu machen. Dernburg[6] sagt: „Das Klagerecht ist hiernach nicht mehr etwas Selbständiges, außer dem Rechte Stehendes. Es

1) Vgl. hierzu Schott, Das Gewähren des Reichsschutzes im Römischen Zivilprozeß. S. 3, 138 ff, 144 f, und Schott, Römischer Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft, S. 78 ff.
2) System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 5, S. 3.
3) Pandekten § 81.
4) In Holtzendorff, Encyklopädie (4. Aufl.) I. Teil, S. 427.
5) Pandekten des röm. Privatrechts, § 31, Anm. 2.
6) Pandekten, § 127.

wohnt dem Rechte inne. Das Klagerecht bildet eine Eigenschaft des Rechtes, aber das Recht geht nicht in ihm auf." Auch Regelsberger[7] sieht das Klagerecht als im konkreten Privatrecht ruhend an. Es könne getrennt von ihm nicht bestehen. Weitere Vertreter dieser Lehre sind Wächter[8], von Wihnowski-Levy[9], Kroll[10], Förster-Eccius[11] und Thon[12]. Sie war fast unangefochten bis um Mitte des 19. Jahrhunderts und herrschte noch bei Gründung des Reiches.

Die Lehre beruht auf der herkömmlichen Auffassung, daß der Prozeß lediglich eine Kette von Handlungen ist, welche dem Privatrecht zu seiner Geltung verhelfen sollen. Man ist lange Zeit bei der Ansicht stehen geblieben, daß die Klage nichts als die beginnende Handlung dieser Kette sei. Von ihrem Standpunkt aus setzt jede Klage voraus ein Recht an sich und eine Verletzung desselben. In Schwierigkeiten gerät schon diese Lehre bei den Klagen, denen kein Recht zugrunde liegt, z. B. den unbegründeten Klagen. Um das Dasein solcher Klagen zu erklären, zerlegt man den Anspruch in zwei Begriffe, in einen materiellen (wirklich vorhandenen) und den subjektiven, d. h. den behaupteten Anspruch.

§ 3.

Eine scharfe Wendung trat in der Lehre vom Klagerecht ein, als durch Windscheid (1856) eine Läuterung des Begriffs der römischen actio vorgenommen wurde. Die actio wurde befreit von der Vorstellung des Gerichtszwanges und in das Gebiet des Zivilrechts verwiesen. Was früher noch an Prozessualem mit der actio verbunden war, wurde in das Prozeßrecht verlegt. Dort wird es aufgegriffen und als gegen den Staat gerichtetes Recht auf Staatshilfe proklamiert.

Windscheids Interesse an dem Problem der actio ist noch ein rein privatrechtliches. Er erklärt:[1] „Für uns ist das Klagerecht nichts als ein Schatten des Rechts, ein Ding, das in diesem aufgeht, und von ihm sein Leben herleitet." Den eigentlich

7) Pandekten, § 191.
8) Pandekten I. S. 98, S. 502 ff und Württembergisches Privatrecht II, S. 412.
9) Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1 zu § 231, N. 1. 7.
10) Klage und Einrede im deutschen Recht, S. 25.
11) Preußisches Privatrecht (6. Aufl.) I. § 50, S. 250.
12) Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 228 ff.
1) Actio, S. 229.
2) „Ueber das Wesen der actio" im Rheinischen Museum f. Jurisprudenz, Bd. VI, S. 9 ff.
3) In seiner berühmten Kritik des Windscheid'schen Buches: Zur Lehre von der Röm. actio, dem heutigen Klagerecht. 1857.

entscheidenden Schritt hat Muther getan. Dieser hat zuerst, wenn man von einem knappen Hinweis bei Hasse[2] absieht, die publizistische Natur des Klagerechts betont.[3] „Daß Recht und Klagerecht heutzutage nicht identisch ist, zeigt sich, wenn wir bedenken, daß ein anderer Verpflichteter beim Recht, ein anderer bei dem Klagerecht ist; sowie auch darin, daß es auch jetzt noch Ansprüche ohne Klagerecht geben kann. Entscheidend ist die Frage: Hat der Kläger gegen den Staat ein Recht auf gerichtliche Hilfe?"[4]

Die Abkehr von dem privaten Klagerechtsbegriff wurde allerdings erst später wissenschaftlich begründet. Ihren Ausgangspunkt nimmt die neue Richtung von Bülows Schrift „Ueber die Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen", welche 1868 erschienen ist. Durch diese Schrift wird das Problem restlos in das Zivilprozeßrecht verwiesen. Sie stellte den Begriff des Prozeßverhältnisses auf, das als ein einheitliches Rechtsverhältnis publizistischer Natur angesehen wird und schärfte dadurch naturgemäß den Blick für das publizistische Wesen der Klage.

I.

Unter der Erwägung, daß die bisher herrschende Lehre vom materiellen Klagerecht für die abgewiesene Klage das rechtliche Fundament verliere, da sie den Begriff des Klagerechts wesentlich aus der siegreichen Klage abstrahiere, erscheint Dogenkolb[5] das Klagerecht als die Anwartschaft auf Einlassungszwang. Unter Einlassungszwang versteht er „die rechtliche Gebundenheit, auf angestellte Klage hin zum Zustandekommen, zur Entwicklung des Prozesses mitzuwirken durch eigene Erklärung oder durch die eines Vertreters.[6] Er hält die Annahme irgendwelchen Rechts für notwendig auch für die unbegründete Klage, für die Klage ohne Rücksicht auf das tatsächliche Zutreffen der Klageanführungen. Dieses Recht besteht nach seiner Lehre der Partei gegenüber in dem öffentlichrechtlichen Anspruch auf Einlassung des Gegners, auf sein Erscheinen vor Gericht. Dieser Anspruch ist nicht auf das einzelne, das konkret zur Klage verstellte Recht gegründet, sondern auf das Recht der Friedensbewahrung innerhalb der Gemeinschaft. Der Kläger fordert vom Beklagten, daß er die Rechtsordnung an sich

4) Muther, Zur Lehre von der Römischen actio, dem heutigen Klagerecht. S. 47.
5) Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1877.
6) Einlassungszwang, S. 16.

verwirklichen und in ihrem Fortbestand erhalten helfe. Die Klagebefugnis kehrt sich selbst als Anwartschaft auf Urteil auch gegen die Partei, weil man zum Urteil nur durch die Einlassung und die Anwartschaft auf Einlassung hindurch gelangt. Dagegen ist der Anspruch auf Urteil kein solcher von der Partei unmittelbar gegen die Partei, sondern des Klägers gegen den Staat. Inhaber des Klagerechts ist nicht nur derjenige, der einen materiellen Anspruch hat, sondern der, der ihn zu haben glaubt.

Auf Grund dieser Auslassungen hat man Degenkolb vielfach als den Vertreter eines abstrakten publizistischen Klagerechts bezeichnet. Er selbst verwahrt sich dagegen[7] und weist darauf hin, daß er seiner Klagebefugnis Grenzen gesteckt hat, nämlich: die Ehrlichkeit der Klagebehauptung, d. h. es müsse die Klagebehauptung auf gutem Glauben fußen, und ihre rechtliche Erheblichkeit. Degenkolb hat übrigens in seinen „Beiträgen zum Zivilprozeß" seine Lehre selbst interpretiert, aber auch modifiziert. Er unterscheidet hier eigentlich zwei Rechte, das von dem streitbefangenen Recht unabhängige Recht auf Prozeßgründung und ein ebenso unabhängiges Recht auf rechtliches Gehör für ehrliche Klagebehauptung, das durch die Klage erst begründet wird und im Urteil seinen Abschluß findet.[8]

Ungefähr gleichzeitig, jedoch unabhängig von Degenkolb trägt Plósz Gedanken vor, die sich in gleichen Bahnen bewegen. Seine im Jahre 1880 erschienenen „Beiträge zur Theorie des Klagerechts" sind nach seinem eigenen Zeugnis im wesentlichen eine Uebersetzung der schon im Jahre 1876 herausgegebenen ungarischen Abhandlung über das Klagerecht.

Plósz[9] räumt dem privaten Recht insofern für das Klagerecht Bedeutung ein, als es die entfernter liegende Ursache des Prozesses ist, der überhaupt nur um der Privatrechte willen, die eines Schutzes, einer staatlichen Geltendmachung bedürftig sind, existiert. Ihm fehlt aber ein Recht, welches die Klage selbst begleiten und die Pflicht zur Einlassung erklären sollte. Auf der Suche nach diesem Recht nimmt er zum Ausgangspunkt den Satz, daß der Prozeß ein Rechtsverhältnis zwischen Gericht und Parteien ist. Der Inhalt dieses Verhältnisses ist durch

7) Beiträge zum Zivilprozeß, S. 44.
8) Ebenda S. 47 ff.
9) Beiträge zur Theorie des Klagerechts, S. 11, 13.

seine rechtliche Normierung zu Rechten und Pflichten erhoben worden. Dem Gericht gegenüber werden die Rechte durch Rechtsmittel, dem Beklagten gegenüber durch Contumazialnachteile geschützt.

Das Klagerecht im Sinne Plósz' hat zum Gegenstand die Prozeßgründung und richtet sich sowohl gegen den Richter wie gegen den Beklagten. Es existiert schon vor der Klage und gelangt mit der Klagehandlung zum Ausdruck, zur Ausübung. Seine Natur ist nicht mehr privat-, sondern staatsrechtlich. Dem Zwecke des Prozesses entsprechend ist sein Dasein nur an gewisse Behauptungen gebunden. Diese notwendigen Behauptungen, d. h. die einseitig beginnende Lieferung des Prozeßgegenstandes will Plosz den Titel des Klagerechts nennen. „Indem nun der Kläger immer einen bestimmten Titel zur Prozeßgründung behaupten muß, so kann man sagen, daß es soviele Arten des Klagerechts gibt, als klagbare Titel überhaupt vorhanden sind."[10]

Eigentümlicherweise will Plósz diesen gewonnenen Begriff des prozessualen Klagerechts auch in das Privatrecht hineintragen und kennt somit zwei Klagerechtsbegriffe.[11] Das Klagerecht im Privatrecht wird in einer anderen Verbindung bebetrachtet, soll aber dem prozessualen Klagerecht gleich sein. „Das objektive Privatrecht behandelt nämlich die subjektiven Privatrechte nicht als bloß behauptete, sondern als tatsächlich entstandene, real existierende". In diesem Sinne unterscheidet er ein konkretes Klagerecht von dem abstrakten.

Das wesentliche aber ist, daß Plósz das Klagerecht als das „selbständige Recht" auffaßt, „gewisser Behauptungen wegen einen anderen vor Gericht zu laden und zu fordern, daß jener sich mit ihm in einen Prozeß einlasse und das Gericht die Prüfung und Entscheidung übernehme".[12] Sein Klagerecht ist das Prozeßgründungsrecht. Plósz spricht an anderer Stelle[13] auch von einer Beschränkung des Klagerechts auf die begründete Klage, nur sei diese Beschränkung eine unvollkommene, nicht durch Nichtigkeit, sondern durch Verantwortlichkeit sanktioniert.

Auf die Unterschiede der in sich noch widerspruchsvollen Lehren Degenkolbs und Plósz einzugehen, verlohnt nicht. Der

10) Beiträge zur Theorie des Klagerechts, S. 17.
11) Ebenda S. 31 ff. und 40 ff.
12) Beiträge zur Theorie des Klagerechts, S. 15.
13) Ebenda S. 93.

beiden Schriften zugrundeliegende Gedanke ist, daß das Klagerecht ein von der Existenz des in den Prozeß gezogenen materiellen Rechts unabhängiges, publizistisches Recht ist. Gerade diese Erkenntnis macht die Bedeutung der beiden Schriften aus. Denn sie brechen hierdurch mit der bisher herrschenden Lehre vom materiellen Klagerecht endgültig und lassen das öffentlich-rechtliche Element der Klage in den Vordergrund treten. Daher pflegt man wohl mit Recht diese beiden Autoren bei der Betrachtung der Theorien vom Klagerecht nebeneinander zu nennen. In dem Sinne, daß ihr Klagerecht losgelöst ist von dem vom Kläger beantragten Inhalt[14] sind beide Klagerechte abstrakt. Sieht man bei dem Degenkolb'schen Klagerecht von der Ehrlichkeitspflicht als formelle Voraussetzung ab, dann bleibt nur die aus der Persönlichkeit fließende Klagebefugnis übrig. In dieser Bedeutung hat dann auch Degenkolbs Klagerecht im Verein mit der Lehre von Plósz in der Folgezeit im Schrifttum gewirkt.

II. a)

Der Auffassung Degenkolbs hat sich eng angeschlossen Sohm.[15] Auch er definiert das Klagerecht als das Recht auf Einlassung publizistischer Natur. Ausdrücklich lehnt er die Meinung ab, daß es ein Recht auf Kondemnation, auf erfolgreiche Klage gebe. Ebenso hat Seuffert[16] die materiellrechtliche Auffassung verlassen, indem er das Recht auf Urteil als einen „Anspruch gegen Staat, genauer gegen die zur Handhabung der Jurisdiktion staatlich eingesetzte Behörde" ansieht.[17] Löning[18] dagegen denkt sich das Klagerecht als ein „Recht auf gesetzmäßige Entscheidung", das durch die Klageerhebung erzeugt werde. Er betrachtet also das Ende des Verfahrens als das wesentliche.

Als ein abstraktes Klagerecht erscheint auch das „Recht auf Gerichtshilfe" bei Heissler[19] „Im Gesamtinteresse des gesicherten Rechtsgenusses muß es dem zunächst nur behaupteten Recht ermöglicht sein, sich um den Gerichtsschutz zu bewerben . . .

14) So hat auch Degenkolb das Klagerecht gelehrt. Siehe Einlassungszwang, S. 31 ff, Beiträge S. 44. Daß Degenkolbs Klagerecht zu der bloßen Möglichkeit zu klagen degradiert worden ist, obwohl er es immerhin als Anspruch verstanden haben will, beruht wohl auf der Unklarheit und Unvollkommenheit seiner Lehre.
15) Grünhut Z. 4, 465 ff.
16) Grünhut Z. 12, 624 ff.
17) Ebenda S. 627.
18) Widerklage 188.
19) Grünhut Z. 5, 664; 11, 28.

Klagerecht ist Recht auf Prozeß, um behauptetes Recht als wirkliches zu bewähren."

In diesem Zusammenhange ist auch die Lehre Hellmanns[20] zu nennen. Dieser Autor unterscheidet allerdings zwei Klagerechte, ein öffentliches gegen den Staat, auf gerichtliche Entscheidung über einen nur behaupteten privatrechtlichen Anspruch" und ein privatrechtliches, gegen den Beklagten „die Entscheidung über einen bestehenden Anspruch zugunsten der Berechtigten zu verlangen."

Unter den weniger entwickelten Ansichten, die mehr oder minder den grundlegenden Lehren von Degenkolb und Plósz folgen, seien noch erwähnt: von Canstein,[21] der zwar ein Recht auf Prozeßgründung ablehnt, aber neben dem im materiellen Recht entfalteten Klagerecht als Recht gegen das Gericht auf gesetzmäßiges Urteil annimmt, das durch ordnungsmäßige Klageerhebung begründet wird; Westerburg,[22] der das materielle Klagerecht identifiziert mit dem materiellen Anspruch, ein formales, prozessuales Klagerecht aber definiert als das gegen Gericht und Beklagten bestehende Recht auf Prozeßgründung; Reinhold[23] und Rocholl[24].

b.

Weismann, der an dieser Stelle auch genannt zu werden pflegt, nimmt eine besondere Stellung ein. Er bringt Gedanken, die in der später zu erörtenden Lehre von matriellen Justizrecht vielfach wieder aufgenommen werden.* Ihm erscheint das (private!) Recht in der Klage gerichtet auf die materiellen Urteilswirkungen.[25] Der Klageanspruch ist für ihn das Recht in seinem Streben nach dem ihm zukommenden Urteilswirkungen. Er ist nicht das private Recht, ist aber auch ein privatrechtlicher Anspruch.[26] Das Urteil selbst aber ist als Akt der Staatsgewalt Gegenstand öffentlichrechtlicher, prozessualer Verpflichtung und Befugnis.[27]

Wenn man nun meint, daß sein Klagerecht in der gedachten Abhängigkeit von dem streitbefangenen Privatrecht, materiellrechtlicher Natur sei, so wird man enttäuscht, wenn man weiter

20) Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 372 f.
21) Z.Z.P. 16, 1 ff.
22) Gruchot 26, 453 ff.
23) 23) Z.Z.P. 21, 1 ff.
24) Rechtsfälle 2, 109.
*) Vgl. S. 35.
25) Hauptintervention, S. 77.
26) Ebenda S. 92.
27) a.a.O. S. 93.

hört, daß der Kläger nicht inhaltlich bestimmte Entscheidung verlangen könne, sondern gesetzmäßige, d. h. eine Entscheidung, welche dem objektiven Recht — dem materiellem und dem Prozeßrecht — gemäß sei.[28]

Sein Klagerecht ist also doch prozessualisch. Da er ferner lehrt, daß die Klage (Klageerhebung) allererst dieses Recht begründe, steht der Zusammenhang mit dem privaten Recht in Wahrheit so weit im Hintergrunde, daß sein Klagerecht tatsächlich den abstrakten Klagerechten zuzuzählen ist. Was die materiellen Urteilswirkungen unmittelbar herbeiführt, ist doch nicht die außerprozessuale Rechtslage, sondern der staatliche Urteilsakt als solcher, der sich inhaltlich nach dem Prozeßtatbestand bestimmt. (Die Lehre ist im übrigen nicht ohne Widersprüche. Ich verweise hinsichtlich eines offenkundigen Widerspruchs auf Langheineken, Urteilsanspruch S. 6. Das Beispiel bei Weismann steht in der Klagerechtslehre nicht vereinzelt da. Die Arbeiten lassen vielfach an Sorgfalt der Begriffsformulierungen und Begründungen zu wünschen übrig. Darüber beklagt sich schon Degenkolb, Beiträge S. 1 f.) Zu beachten ist, daß Weismanns Klagerecht im Gegensatz zu mehreren der vorgenannten Autoren, aber in Uebereinstimmung mit Degenkolb, nicht nur gegenüber dem Gericht, sondern auch gegen den Gegner konstruiert wird, der die Wirkungen des Urteils zu erdulden hat.[30]

Bülow mit seiner Abhandlung im Z.Z.P. 27, S. 201 ff. als einen Verfechter eines abstrakten Klagerechts zu bezeichnen, wie es z. B. Groh[31] tut, halte ich für verfehlt, da Bülow ausdrücklich dem Recht auf Vornahme der gerichtlichen Rechtsschutzhandlungen die selbständige Existenz abspricht.[32] Die Klage ist bei ihm Entstehungsgrund des Prozeßrechtsverhältnisses, das nach seiner Meinung zur Lösung der Frage genügt.[33] Bei ihm ist die Rechtsschutzpflicht des Gerichts nur eine Verpflichtung zur gerechten Prüfung und Entscheidung der abzuurteilenden Privatrechtsangelegenheit und zwar gleichmäßig für beide Parteien. Diese Pflicht faßt er als eine der Beziehungen des einzigartigen, komplizierten Prozeßrechtsverhältnisses auf. Ihre Anspruchsqualität erkennt er nicht an.[34]

28) a.a.O. S. 76.
29) a.a.O. S. 76.
30) a.a.O. S. 78.
31) Z.Z.P. 51, 195.
32) Z.Z.P. 27, 234.
33) Ebenda S. 246.
34) Ebenda S. 222.

Die Rechtsmacht, den Gegner in einen Prozeß zu verstricken, setzt er obiger Pflicht entgegen und will sie nicht selbst wieder als eine mit der durch sie geschaffenen privatrechtlichen homogene Berechtigung gelten lassen, sondern nur als eine Aeußerung der allgemeinen rechtlichen Handlungsmacht, die mit der Rechtssubjektivität verbunden ist, betrachten.[35]

Die Tatsache, daß es einmal anspruchslose Klagen, andererseits klaglose Ansprüche gibt, hat die Vorstellung, daß Prozeß mit dem materiellen Recht an sich nichts zu tun habe, nie aus der Problemerörterung weichen lassen. Immer wieder hat man die Selbständigkeit des Rechtsschutzersuchens an den Staat aufgegriffen und den Gedanken so zu formulieren versucht, daß er allen Angriffen standhielte. Davon zeugen in neuester Zeit die Arbeiten von Sauer, Bley und Groh.

c)

Mag Groh mit seiner jüngsten Abhandlung[36] vorweggenommen werden, weil er sich am einfachsten angliedert. Groh will den Anspruch auf Rechtspflege im weitesten Sinne unter der Bezeichnung Justizanspruch einführen. „Der Anspruch auf Justizgewährung soll die Verwirklichung des materiellen Rechts nach Maßgabe des jeweils geltenden Prozeßrechts sicherstellen, er hat also die Ausübung rechtspflegender Betätigung, die Vornahme von prozessualen Handlungen im weitesten Sinne durch die Organe der Rechtspflege zum Gegenstande. Diese besteht ganz allgemein in der Anwendung des objektiven materiellen und prozessualen Rechts und äußert sich vornehmlich in der Entgegennahme von Erklärungen (z. B. Parteigehör, Beweisaufnahmen), in Belehrung, Vermittelung, Entscheidung und Abgabe sonstiger Erklärungen (z. B. Verkündung) sowie in Vornahme von Realakten (z. B. Ladung, Zustellung, Wegnahme durch die Gerichtsvollzieher)."[37]

Der durch Klageerhebung ausgelöste Justizanspruch des Klägers auf prozeßordnungsgemäße Abwickelung des Erkenntnisverfahrens ist ein eigener selbständiger Typ des Anspruchs auf rechtspflegende Betätigung des Staates, ebenso wie etwa der des Gläubigers auf Vornahme der Zwangsvollstrekkung. Innerhalb des Prozesses, der ein Entwickelungsvorgang

35) Ebenda S. 242 f.
36) Z.Z.P. 51, 145 ff.
37) a.a.O. S. 147 f.

ist, erfolgen die einzelnen Handlungen, wie Parteigehör, Beweisaufnahme, Entscheidung usw. nicht in Erfüllung je eines besonderen Anspruchs, sondern sind nur Phasen, unselbständige Erfüllungsformen des einheitlichen Anspruchstyps, nämlich des auf prozeßordnungsgemäße Erledigung des Erkenntnisverfahrens gerichteten Rechts des Klägers.[38] Neben dem Anspruch auf Erkenntnisverfahren sind die wichtigsten selbständigen Typen des Justizanspruchs im Mahnverfahren und in der Zwangsvollstreckung, im Arrestprozeß und bei einstweiliger Verfügung, im Entmündigungsverfahren und beim Aufgebot, ferner im Armenrechts-Güte-Beweissicherungsverfahren, beim Sühneversuch in Ehesachen u. s. f.[39]

Der Justizanspruch ist von der materiellen Rechtslage völlig losgelöst. Er hat keinerlei Beziehung zu dem erstrebten Enderfolg und entsteht immer mit der Anrufung des Rechtspflegeorgans, auch durch die mangelhafte Anrufung, wenn nur das Ersuchen als solches erkennbar ist.[40]

Da nach Grohs Auffassung das Prozeßrecht nur die Normen enthält, welche die richtige Verwirklichung des materieleln Rechts garantieren, die Form und Gang der Rechtspflegeordnen, kann der Anspruch auf Justizgewährung nicht dem Prozeßrecht angehören. Weil er den Prozeß als Staatsaufgabe garantieren soll, erhält er seinen Platz im Staatsrecht. Anspruchsgegner ist ausschließlich der Staat (nicht das Organ). In dieser Beziehung ist nicht passiv beteiligt die Gegenpartei.[41] Darin besteht der bedeutsamste Unterschied zu der Lehre Degenkolbs. Von Degenkolb ist ferner nicht übernommen die Ehrlichkeit als Anspruchsvoraussetzung. Die Unabhängigkeit des Klagerechts als eines Typs des allgemeinen Anspruchs auf Rechtspflegebetätigung überhaupt ist demnach von Groh am schärfsten von allen anderen Versuchen konstruiert.

Die jedermann zustehende von dem Dasein eines zu schützenden Rechts unabhängige Klagmöglichkeit hat auch Jellinek als die rechtliche gewährte Fähigkeit, Normen des öffentlichen Rechts im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen und als ein subjektives Recht angesprochen.[42] Auch bei ihm gibt es eigentlich nie einen Mißbrauch der Klage, weil auch dies die

38) a.a.O. S. 149 f.
39) a.a.O. S. 151.
40) a.a.O. S. 168 f.
41) a.a.O. S. 169.
42) System der subjektiven öffentlichen Ruhe, S. 126, N. 1, 127.

Geltendmachung eines Rechts eigener Art sei. Groh hat uns also gar keine neu eLehre geschenkt. Er führt nur eine Gruppe der subjektiv-öffentlichen Rechte Jellineks unter einer neuen Bezeichnung ein. Sie ist aber deswegen hier ausführlicher dargestellt worden, weil sie das Klagerecht als Recht auf Verfahren schlechthin in größter Reinheit durchführt.

Mit dem Klagerecht Groh's deckt sich inhaltlich im wesentlichen das von Stefko gelehrte Recht auf Verfahren mit dem Recht auf Urteil schlechthin als Endziel.[43] Stefko kennt nur die „generelle Gewährung des Rechtsschutzes für ganze Kategorien von Klagen" als Sachbehandlungs-, d. i. Sachentscheidungsvoraussetzung.[44] Nur im Verhältnis zum Gegner soll auf Grund der außerprozessualen Rechtslage ein Recht auf günstigen Erfolg des Verfahrens bestehen, das aus der dem subjektiven Privatrecht innewohnenden Bewährungskraft hergeleitet wird.[45]

d)

Ganz erhebliche Schwierigkeiten bereitet bei der Einordnung die Anschauung von Bley.[46] Er leugnet an sich nicht die Existenz eines Klagerechts, das er (ohne nähere Begründung) als staatsrechtlichen Begriff auffaßt.[47] Dem abstrakten Klagerecht, wie es Stefko und andere lehren, spricht er die Qualität eines subjektiven Rechts ab. Er verwirft die Ansicht, daß dieser Begriff die Prozeßsystematik erheblich beeinflussen könnte und entdeckt als das substanzielle Element dieses Recht das rechtliche Interesse. „Recht ist konkretisierte Willensmacht".[48] „Was die Willensmacht zu einem subjektiven Recht erhebt, ist allein das rechtliche Interesse".[49] Dieses rückt er nun in den Vordergrund der Erörterungen und findet in ihm die einzige Voraussetzung des außerprozessualen Rechts auf Sachentscheidung.[50] Relevanter Klagzweck ist nämlich Gewährung einer Sachentscheidung schlechthin, die möglicherweise auch ungünstig sein kann.[51]

43) Grundprobleme des Zivilprozeßrechts, S. 216 ff, 244 ff.
44) a.a.O. S. 220 f.
45) a.a.O. S. 175 f, 220 f.
46) Klagerecht und rechtliches Interesse.
47) a.a.O. S. 106.
48) a.a.O. S. 28.
49) a.a.O. S. 38.
50) a.a.O. S. 85 ff.
51) a.a.O. S. 23.

e)

Nach Sauer[52] ist Klagebefugnis Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage. Ihr kommt die Eigenschaft eines subjektiven Rechts nicht zu. Er möchte die abstrakten Klagerechte in herkömmlichem Sinne Anwartschaft nennen.[53] Klage r e c h t soll im Zivilprozeß nur dann gegeben sein, „wenn soviel Tatsachenmaterial vorgebracht ist, wie normalerweise erwartet werden darf und wenn auf Grund dieses Materials ein für den Kläger günstiges Urteil mindestens wahrscheinlich ist."[54]

Das Klagerecht ist bei Sauer eine besondere Art des Verfolgungsrechts, das auch im Strafprozeß Geltung hat und voraussetzt, daß der Verfolgende mit dem vorliegenden Tatsachenmaterial auf einen Erfolg, eine günstige Klage (Klage! soll wohl heißen Urteil) erwarten darf. Die Begriffe der Normalität der Tatsachenbeschaffung und der Wahrscheinlichkeit des Urteils im bestimmten Sinne, die das Charakteristische dieser Auffassung des Klagerechtsbegriffs gegenüber den anderen Meinungen darstellen, werden offensichtlich dem hinreichenden Verdacht im Strafprozeß nachgebildet.

Worauf das Klagerecht geht und welches sein Inhalt ist, wird positiv nicht gesagt. Soviel bei der außerordentlich unübersichtlichen Methode des Verfassers zu ermitteln ist, handelt es sich um ein Recht auf prozessuale Gestaltung.[55] Es ist geknüpft an ein berechtigtes Interesse, wenn es materielles Recht sein soll.[56] Das eine steht fest, es ist völlig unabhängig von dem materiellen Recht.[57] Daher wird man es unbedenklich den abstrakten Klagerechtstheorien (trotz des Widerspruchs des Schöpfers[58]) einverleiben müssen.

III.

Als das Recht des Gläubigers, das Eingreifen der Staatsgewalt zu fordern, muß das Klagerecht, mag es sonst wie immer geartet sein, jedenfalls sich gegen den Staat richten, von dem die Hilfe durch Urteil und Vollstreckung kommen soll. Seit den grundlegenden Ausführungen von Degenkolb und Plósz ist dies

52) Grundlagen des Prozeßrechts, § 5 VII, 3. S. 102 ff und § 28.
53) a.a.O. S. 535.
54) a.a.O. S. 102, 525.
55) a.a.O. S. 104.
56) a.a.O. S. 524.
57) a.a.O. S. 526.
58) a.a.O. S. 534 f.

in der Wissenschaft allgemein anerkannt. Diese Erkenntnis ist als bleibendes Gut auch von den später noch zu erörternden Klagerechtstheorien ausnahmslos übernommen worden. Was mich berechtigt, die vorstehenden Meinungen zu einer Gruppe zusammenzustellen, ist die Tatsache, daß sie sämtlich das Klagerecht unabhängig vom Privatrecht entwickeln. Unter dem Zwange der Wahrheit, daß das materielle Recht zur Erklärung der Erscheinungen um Klage und Urteil nicht ausreicht, haben alle diese Schriftsteller das Problem in der Weise zu lösen versucht, daß sie formale, d. i. verfahrensrechtliche Begriffe vom Klagerecht aufstellten. Klageberechtigt ist für sie derjenige, der mit dem Erfolg klagen kann, daß der Staat auf seine Klage tätig werden, das Prozeßverhältnis zwischen den Parteien begründen muß. Für alle handelt es sich um das Recht, mit der Klage gehört zu werden, während sie die Frage, ob der Kläger auch erhört werden muß, bei der Begriffsbestimmung außer Acht lassen.

Scheiden lassen sich die Meinungen danach, ob sie das Klagrecht nur gegen den Staat oder auch gegen den Beklagten konstruieren. Einige beschränken das öffentliche Klagerecht auf die Richtung gegen den Staat, setzen aber daneben noch ein privates Klagerecht gegen den Beklagten. Diese dualistische Auffassung ist längst als gescheitert zu betrachten.

Die einen bilden das Klagerecht als die Befugnis zur Erhebung der Klage, das Prozeßgründungsrecht, das naturgemäß vorprozessual ist, andere lassen das Recht erst mit der Erhebung der Klage, also im Prozeß entstehen und richten es entweder auf die Abwickelung des Verfahrens in den durch das Gesetz vorgeschriebenen Bahnen oder auf die Entscheidung, prozeßgesetzmäßige Urteilsfällung. Die Frage, ob das Klagerecht erst aus dem Prozeßverhältnis entspringt, bedeutet den hohbedeutsamen Streit um das vorprozessuale Dasein des Klagerechts, der auch heute noch nicht ausgetragen ist.

Von nicht nur geschichtlicher Bedeutung ist die Unterscheidung danach, ob dem Klagerecht die technische Bezeichnung als Recht zukommt oder nicht. Von den Anhängern des abstrakten Klagerecht wird dies mit wenigen Ausnahmen (z. B. Bley) bejaht. Uneinigkeit herrscht aber noch darüber, ob es dem Prozeßrecht oder dem Staatsrecht zuzuordnen ist. Außerhalb dieser Gruppe wird das jedermann zustehende Klage-

recht als Ausfluß der Persönlichkeit bestimmt und das ist die herrschende Meinung.

§ 4.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß gerade der Erkenntnis der publizistischen Richtung des Klagerechts die gesamte Prozeßwissenschaft einen wesentlichen Fortschritt verdankt. Denn diese Untersuchungen haben den Gegensatz des prozessualen Rechtsschutzbegehrens und des materiellen Rechtsanspruchs völlig deutlich gemacht. Sie haben gezeigt, daß das Rechtsschutzbegehren auf anderer Grundlage beruht, als der Anspruch an sich. Andererseits haben sie aber die engen Beziehungen zwischen Prozeß und Privatrecht verwischt. Die Gedankengänge der oben behandelten Autoren haben zu der Vorstellung geführt, daß der Zivilprozeß lediglich einen Konflikt zwischen den Parteien einerseits und dem Staat bezw. dessen rechtsprechenden Organen andererseits darstelle. Die starke Betonung des prozessualen Gehalts der Klage führte zur Außerachtlassung der unter den Prozeßparteien bestehenden Rechtsbeziehungen. In Anbetracht dieser nachteiligen Wirkungen der Theorien von abstrakten, publizistischen Klagerecht konnte die Reaktion nicht ausbleiben.

I.

Die gewichtigste und erfolgreichste Reaktion ist denn in Gestalt der sogenannten Theorie vom konkreten Rechtsschutzanspruch zu Tage getreten. Als ihr Begründer gilt Wach mit seinem „Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts" (1885) und dem „Feststellungsanspruch" (1888) trotz des Widerspruchs der Lehrer des Staatsrechts, die wie Jellinek[1] die Urheberschaft des konkreten Rechtsschutzanspruchs für das staatsrechtliche Schrifttum in Anspruch nehmen. Tatsächlich sind gleichartige Gedanken auch von Laband[2] entwickelt worden und zwar unabhängig, ja sogar vor Wach.[2] Wenn man aber mit Degenkolb Theorien nicht durch Begriffsbestimmung, sondern durch ihre Durchführung als geschaffen ansieht, so gebührt der Ruhm der Vaterschaft Wach mit Recht. Daran ändert nichts die Tatsache, daß sich Ansätze zu verwandten Begriffsformulierun-

1) System der subjekt. off. Rechte, S. 119.
2) Laband, Staatsrecht 1. Aufl. 3, 2 S. 21 ff (jetzt Staatsrecht 5. Aufl. 3, S. 371 ff). Die 2. Abteilung des 3. Bandes von Labands Staatsrecht erschien 1882, während Wachs Schriften 1885 bzw. 1888 erschienen.

gen auch anderweitig finden, wie bei Eisele und Muther, worauf Chiovenda[3] hinweist.

Wach nimmt seinen Ausgang von dem Privatrecht und führt aus: „Das Axion, von dem wir in dem heutigen Prozesse auszugehen haben, ist der Satz: alles, was das Zivilrecht, die gesetzliche Ordnung des Gemeinschaftslebens der Einzelnen untereinander will, das muß, weil das Gesetz es will und wie das Gesetz es will, durchsetzbar sein. Die subjektiven Rechte müssen sich ihrem Inhalt nach, der ihnen zugedachten Kraft nach bewähren können. Dazu soll uns die Rechtsschutzordnung verhelfen. Was wir Klagbarkeit, Erzwingbarkeit nennen, ist nur der Ausdruck für die Bejahung des unverkümmerten, des bewährungsfähigen Rechtes auf ein bestimmtes Verhalten, eine Leistung des Verbundenen und gibt keinen Aufschluß über Maß und Art der Bewährung des Zwanges ..... Wir haben ein Sysmtem der Rechte, nicht der Aktionen und daneben haben wir ein durch unsere Rechtspflegeordnung bestimmtes System der Schutzrechte."[4] Die Klage kann nicht der Inhalt des persönlichen Anspruchs bilden, denn sie wird nicht nur zwischen den Subjekten des obligatorischen Rechtsverhältnisses, sondern auch gegen Dritte gegeben. Daß Klagerechte unabhängig von subjektiven, durch sie zu schützenden Privatrechte bestehen, zeigt sich unbestreitbar bei den negativen Feststellungsklagen.

„Andererseits soll der Prozeß nicht Recht schaffen, ausbauen, vollenden, sondern Recht schützen. Er soll feststellen, welche Partei Recht hat, er soll über vorhandenes Recht vergewissern. Er soll subjektive Ungewißheit in Gewißheit verwandeln, in Gewißheit über vorhandenes Recht des Klägers und das nicht als erkenntnistheoretische, sondern praktische Operation, als Mittel der Rechtsbewährung. Ihr dient Arbeits- und Zwangsgewalt, und beides nicht um der Rechtsvergewisserung als solcher, sondern um der Rechtsverwirklichung willen".[5] Demnach ist der Prozeß Rechtsschutzordnung und in diesem Sinne Privatrechtspflege, er ist in keinem Stücke Privatrechtsordnung.

Der unmittelbare Gegenstand des Zivilprozesses ist der Rechtsschutzanspruch, ein Recht auf prozessualen Schutz, auf den Rechtspflegeakt, welcher das Ziel des Prozesses bildet. „Er ist selbständig in seinen Voraussetzungen jedoch geknüpft an konkrete, außerprozessuale Tatbestände, selbständig in den sub-

3) L'azione nel Sistema diritti S. 54 zitiert bei Degenkolb, Beiträge S. 9.
4) Feststellungsanspruch S. 19.
5) Wach, Z.Z.P. 32, S. 3.

jektiven Beziehungen, in seinem Inhalt und seiner Befriedigung".[6] Der Rechtsschutzanspruch ist publizistischer Natur, gerichtet einerseits gegen den Staat, der den Rechtsschutz, die Rechtspflegehandlung gewähren soll. Den Staat ruft der Kläger an mit seinem Antrage, und was er fordert, ist nicht Gnade, nicht Willkürakt, sondern Recht. Andererseits richtet sich der Anspruch gegen den Gegner, demgegenüber der Schutz zu gewähren ist, der die Handlung dulden soll. Daß der Gegner auch in dieses Recht verstrickt ist, erhellt daraus, daß die Parteien des Schutzrecht vertragsgemäß zur Entstehung bringen können, z. B. im Falle des § 794 Ziff. 5 Z.P.O. als Vollstreckungsanspruch. Sie können es beseitigen durch einen Schiedsvertrag. Da der Rechtsschutzanspruch an den außerprozessualen Tatbestand gebunden ist, hat er zum Inhalt nicht das Recht auf Verhandlung und Urteil schlechthin, sondern auf eine dem Berechtigten günstige Rechtsschutzhandlung. Ist das Recht durch den außerprozessualen Tatbestand begründet, so ist es auch schon vor der Klageerhebung gesetzlich verbürgt, d. h. der Rechtsschutzanspruch ist ein vorprozessuales Recht.

Das Rechtsschutzsystem stellt für den befriedigungsbedürftigen Anspruch verschiedene Schutzmittel auf: zur Entscheidung, zur Vollstreckung und zur Sicherung. Die Entscheidung kann gesucht werden im Wege des ordentlichen, oder eines summarischen Verfahrens (Urkunden- oder Wechselprozeß). Urkundenklage und ordentliche Klage bedeuten Verschiedenheit des Rechtsschutzes, nicht Verschiedenheit des zu schützenden Rechts.[7]

Jeder der verschiedenen Arten des Rechtsschutzes entspricht ein Rechtsschutzanspruch. Das Klagerecht, verstanden als das Recht auf Entscheidung ist also eine Unterart des Rechtsschutzanspruchs.

Der Gedankengang ist klar. Wach leitet das Klagerecht von der Zweckfunktion des Prozesses ab. Zweck des Prozesses ist der Schutz der Privatrechtsordnung, der Schutz schutzwürdiger und schutzbedürftiger privatrechtlicher Interessen. Diese Funktion bedingt die Beziehung des Klagerechts auf noch bestehende rechtliche Interessen. Klageberechtigt ist in diesem Sinne, wer mit dem Erfolg klagen kann, daß ihm der Staat in dem Prozeß

6) Wach, Feststellungsanspruch S. 15.
7) Feststellungsanspruch S. 17.

das geforderte Urteil gewähren muß. Das ist die Hauptfront der Reaktion auf die abstrakten Begriffsbildungen eines Klagerechts als Anspruch auf Urteil schlechthin.

Wachs Theorie hat sehr bald überragende Bedeutung unter den Klagerechtstheorien erlangt und hat, wie auch ihre Gegner anerkennen, fruchtbare Anregung für die gesamte Prozeßsystematik gegeben. Sie hat insbesondere die Notwendigkeit der scharfen Scheidung der privatrechtlichen und der prozessualen Voraussetzungen, der erfolgreichen Klage energisch begründet.[8]

II.

An ihrem Ausbau haben sich zahlreiche und hervorragende Rechtslehrer beteiligt. Sie ist allerdings in den Köpfen der Nachfolger erheblich umgeformt worden und zwar bei weitem nicht einheitlich. Wenn jedoch Degenkolb die Unterbringung unter einen Hut für aussichtslos erklärt und die Behauptung, daß es eine einheitliche Theorie des Rechtsschutzanspruchs gebe, als Legende bezeichnet,[9] so ist das immerhin übertrieben und irreführend.

Im Anschluß an Wach haben den Begriff des Rechtsschutzanspruchs neu entwickelt, gereinigt und umgeformt Hellwig,[10] Langheineken[11] und Stein[12]. Ihre Schriften sind alle um die Jahrhundertwende entstanden. Ihre Theorien unterscheiden sich von Wach in vielen Punkten, aber auch untereinander. Immerhin wird durch die Differenzpunkte der Zusammenhang mit den grundlegenden Entwickelungen Wachs nicht zerrissen.[13]

Ihre wichtigsten Besonderheiten bestehen darin, daß Hellwig den Rechtsschutzanspruch[14] ausschließlich gegen den Staat gerichtet sieht, nicht wie Wach auch gegen den Beklagten.[15] Er gibt damit Raum einem Bedenken, das vor allem Bülow, der Verfasser der umfangreichsten Streitschrift, gegen den Rechtsschutzanspruch[16] geltend gemacht hat, nämlich, daß der vorprozessuale Rechtsschutzanspruch wegen der ungewissen Stellungnahme des nur gegenüber dem Staat verpflichteten Rich-

8) So Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 145, Note 1.
9) Beiträge S. 22.
10) System des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 291 ff; Anspruch und Klagerecht. Diese Monographie ist hauptsächlich der Begründung der Lehre gewidmet.
11) Der Urteilsanspruch, S. 15 ff.
12) Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes.
13) So Degenkolb, Beiträge S. 22, Binder, Prozeß und Recht, S. 180.
14) Hellwig zieht den Namen „konkretes Klagerecht" vor.
15) Hellwig, System S. 296.
16) Klage und Urteil in Z.Z.P. 31, S. 191 ff.

ters nur hypothetisch angenommen werden könne. Auch wird dadurch den Angriffen, die sich auf die für das moderne Prozeßrecht doch wohl nicht haltbare Einlassungspflicht des Beklagten stützen wollen, der Boden entzogen. Im Anschluß an Hellwig ist der Streit, ob der Rechtsschutzanspruch nur gegen den Staat oder auch gegen den Beklagten gerichtet ist, gegen die Meinung Wachs entschieden worden. Auch von den Anhängern Wachs hat dessen Ansicht insoweit keine Billigung gefunden.[17]

Hellwigs Lehre wird nicht selten als selbständige Theorie behandelt. Seinen zweifellos sehr einflußreichen Ausführungen aber liegt es offenbar fern, eine neue Theorie aufzustellen. Sie dienen vielmehr bewußt der dogmatischen Ausgestaltung der Theorie seines Vorgängers Wach. Er schürft tief, um die reale Existenz des subjektiven Rechts des Rechtsschutzanspruchs zu beweisen. Dies ist aber der Eckpfeiler dieser Lehre. Er zieht aus ihr schärfer die Konsequenzen und führt sie im bestimmten Richtungen weiter als ihr Schöpfer.[18]

Großes Verdienst hat sich Hellwig durch die Untersuchungen um den Rechtsschutzanspruch des Beklagten erworben. Er ist der Erste, der an dieses Problem mit bekannter Gründlichkeit herangegangen ist und fand, daß für den Beklagten ein Rechtsschutzanspruch dort zur Entstehung gelange, wo der Kläger mit falscher Rechtsbehauptung klagt.[19] Ob dieser Anspruch besteht oder nicht, gehört in das bestrittenste Gebiet der Rechtsschutzlehre. Für ihn haben sich Stein[20], Grosse[21] und Schüler[22] erklärt, gegen ihn vor allem Bülow,[23] Degenkolb[24] Oetker,[25] Pagenstocher,[26] Nußbaum,[27] und Goldschmidt.[28] Die Frage ist noch durchaus offen.

An dem Ausbau der Lehre von Rechtsschutzanspruch ist auch Langheineken hervorragend beteiligt. Auch dieser vermag die Erstreckung des Rechtsschutzanspruchs auf den Beklagten

17) Vgl. Schüler, Urteilsanspruch S. 7.
18) Ich befinde mich hier in Uebereinstimmung mit Degenkolb, Beiträge S. 22, Binder, Prozeß und Recht, S. 180 ff und Schüler, Urteilsanspruch. S. 14.
19) System S. 292; Anspruch und Klagerecht S. 47 ff und 157; Lehrbuch 1, S. 146, 2, S 11.
20) Rechtsschutzvoraussetzungen S. 20 ff.
21) Z.Z.P. 36, 113 ff.
22) Urteilsanspruch S. 68 ff.
23) Z.Z.P. 27, S. 216 ff; 31, S. 260 ff.
24) Beiträge S. 38.
25) Konkursrechtliche Grundbegriffe 1, 41.
26) Archiv f. ziv. Praxis 97, 17 ff.
27) Prozeßhandlungen S. 147 ff.
28) Materielles Justizrecht, S. 53.

nicht anerkennen,[29] weil es doch der Staat sei, der die Schutzhandlung kraft seiner autoritativen Stellung vornehmen soll und der Beklagte diesen Anspruch nicht erfüllen könne. Er definiert nach längeren Untersuchungen den Rechtsschutzanspruch als das einem Rechtssubjekt mit Bezug auf einen zivilen Rechtsstreit gegen den Staat nach Maßgabe des Zivilprozeßrechts zustehende publizistische, subjektive Recht auf Vollziehung einer Rechtsschutzhandlung von bestimmter Form.[30] Im Einvernehmen mit Wach unterscheidet er als Unterarten des Rechtsschutzanspruchs:

a) einen Entscheidungs- oder Urteilsanspruch,
b) einen Vollstreckungsanspruch,
c) einen Arrestanspruch,
d) einen Konkursanspruch.

Langheinekens Schrift bringt zum ersten Male den Versuch, die Merkmale des Tatbestandes abzugrenzen, der dem Urteilsanspruch zugrunde liegt. Er hat die Erörterung über die Existenzvoraussetzungen des Urteilsanspruchs angeregt, eine Lehre, an der man sich in der Folgezeit immer wieder versucht hat. Nach Langheineken bestehen für das Klagerecht (nach seiner Terminologie „Urteilsanspruch") zwei Existenzvoraussetzungen: ein objektiver Rechtsschutzgrund, eine Voraussetzung tatsächlicher Natur, — und eine Voraussetzung rechtlicher Natur, nämlich die generelle Anerkennung des in concreto objektiv begründeten Rechtsschutzinteresses. Klagegrund in diesem Sinne bedeutet für ihn den das Rechtsschutzinteresse begründenden Tatbestand, m. a. W. die Gesamtheit der den Urteilsanspruch in concreto erzeugenden Tatsachen.[31]

Steins Beitrag zu dem Problem ist insofern hochbedeutsam, als er die Lehre von den Rechtsschutzbedingungen weiter und tiefer ausbaut. Er berichtigt Langheineken zutreffend, indem er die rechtliche Subsumption eines Tatbestandes als Rechtsschutzvoraussetzung eliminiert, weil die gedankenmäßige Unterordnung als Aufgabe des Richters schon Sache der Entscheidung sei und Gewährung des Rechtsschutzes darstelle, nicht Voraussetzung sein könne.[32]

29) Urteilsanspruch S. 42 f.
30) Ebenda S. 44.
31) Urteilsanspruch S. 51.
32) Rechtsschutzvoraussetzungen S. 14.

III.

Der Rechtsschutzlehre hat es nie an Anhängern gefehlt. Seit Hellwigs „Anspruch und Klagerecht" und Steins „Voraussetzungen des Rechtsschutzes" ist die Zahl der Anhänger zu einer überwältigenden Mehrheit angewachsen. Zu ihr bekannten sich unbestrittenermaßen Endemann,[33] Eneccerus,[34] Fleiner,[35] Hegler,[36] Hein,[37] Georg Jellinek,[38] James Goldschmidt,[39] Schüler,[40] Kipp,[42] Oertmann,[43] Gmelin,[44] Pagenstecher,[45] Schuster von Bonott,[46] Seckel,[47] Siber,[48] Sohm (Sohn),[49], von Tuhr,[50] Zittelmann,[51][51] Skedl,[52] Pollak,[53] Schrutka von Rechtenstamm,[54] Otto von Gierke.[55]

Sie ist verarbeitet in den Kommentaren zur Z.P.O.: Gaupp-Stein-Jonas,[56] Seuffert (von der 8. Auflage an)[57] und Förster-Kann[58] und wird vertreten von den Kommentaren zum B.G.B. von Staudinger,[59] Oertmann[60] und Planck.[61]

Bei mehreren Schriftstellern ist die Anhängerschaft streitig. Wilhelm Planck wird von Hellwig und Stein[62] ebenfalls als Vertreter dieser Lehre gerechnet. Schüler[63] dagegen will ihn als solchen nicht bezeichnet haben. Planck unterscheidet[64] neben dem prozeßrechtlichen auch einen zivilrechtlichen Klagerechts-

33) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (9) S. 454 ff.
34) Lehrbuch des Bürg. Rechts (9/11) 1, 1 S. 574 ff.
35) Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts (3) S. 167.
36) Anerkenntnis u. Verzicht S. 7, Anm. 5.
37) Duldung der Zwangsvollstreckung S. 46 ff.
38) System des subjektiven öffentlichen Rechts (2. Aufl.) S. 124 ff.
39) Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb; Materielles Justizrecht. Zwei Beiträge zum materiellen Justizrecht.
40) Der Urteilsanspruch S. 19 ff.
42) Windscheid-Kipp, Pandekten (9) 1, S. 617.
43) In Windscheid, Gesammelte Abhandlungen, Vorwort XXV.
44) Vollstreckbarkeit, S. 34.
45) Archiv f. Ziv. Praxis 97, 17 ff.
46) Festschrift für Wach, Bd. 3.
47) Gestaltungsrechte, Festgabe für Koch, S. 205 ff.
48) Rechtszwang im Schuldverhältnis, S. 71 ff; Iherings Jahrbuch 50, 80 ff.
49) Widerspruchsklage S. 29 ff.
50) Allg. Teil des BGB. 1, 240, Anm. 2.
51) Recht des BGB., Allg. Teil, S. 23.
52) Oesterreichisches Zivilprozeßrecht 1, 11 ff.
53) System des österr. Zivilprozeßrechts 1, 1 ff.
54) Grünhut Zeitschr. 16, S. 617 ff.
55) Deutsches Privatrecht 1, 323; 3, 33.
56) Band I, Vorbemerkung vor § 253. III.
57) Band I, Erl. 1 zu § 253.
58) 3. Aufl. Bd. 1, 607 ff.
59) Band 2, 1. Vorbem. I, 3.
60) 3/4. Aufl. Bd. 2, S. 4.
61) 4. Aufl. Bd. 1, S. 505.
62) Hellwig, System Bd. 1, S. 294; Stein, Kommentar (11) 1, 585, Anm. 59.
63) Urteilsanspruch, S. 15.
64) Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßr. II, S. 3 ff.

begriff und sieht als Inhalt des publizistischen Rechts formell das Recht auf Verurteilung des Beklagten zur geforderten Leistung. Sein privates Klagerecht ist das gerichtlich im Wege des Angriffs erzwingbare Recht des Klägers gegen den Beklagten auf eine gewisse privatrechtliche Leistung. Planck stimmt demnach im wesentlichen noch mit Wach, nicht mehr so sehr mit dessen Nachfolgern überein.

Schmidt, Richard, der gelegentlich als außerhalb stehend bezeichnet wird, kann mit seinem „Prozeß und Staatsrecht"[65] unbedenklich einbezogen werden. Dagegen ist Geib Anhänger mehr dem Namen als der Sache nach.[67]* Und Weismann wird wohl von Kohler[67] nur irrtümlich als ein Vertreter der Lehre vom Rechtsschutzanspruch gezählt.

Dr. Chesne[67] folgt ebenfalls Wach in der Bildung des Begriffs des Rechtsschutzanspruchs. Er erkennt aber seine selbständige Existenz nur bei den Feststellungs- und Unterlassungsklagen an[68] und zwar als prozessualische Sondererscheinung. Bei den Leistungsansprüchen erkennt er Klagbarkeit und Rechtsschutzanspruch für denselben Begriff unter zwei verschiedenen Namen. Den Rechtsschutzanspruch will er also nur dort verwendet sehen, wo zu dem Privatrechtsanspruch noch ein besonderer Zwischentatbestand oder -tatbestandsmerkmal hinzutreten muß, um das Interesse an der Feststellung oder dem Unterlassungsbefehl zu begründen. Bei den Leistungsklagen sei die Zulässigkeit der Verurteilung gesetzliche Folge des unbefriedigten Privatrechtsanspruchs. Als echter Rechtsschutzanspruch erscheint ihm nach seiner Scheidung (Hinzutreten eines besonderen Zwischentatbestandes) der Arrestanspruch, nicht aber der Vollstreckungsanspruch. Dieser Beitrag verdient deswegen hervorgehoben zu werden, weil er eine der wenigen Stimmen aus der Praxis darstellt.

Ihrer grundlegenden Bedeutung entsprechend ist die Lehre vom Rechtsschutzanspruch von ihren Anfängen an immer sehr stark bekämpft worden. Die Führer ihrer Gegner sind Kohler, der die meisten Schriften gegen den Rechtsschutzanspruch geschrieben hat,[69] der bereits genannte Bülow mit seiner um-

65) Prozeß u. Staatsrecht, § 4.
66) Z.Z.P. 33, 232.
67) Der Rechtsschutzanspruch in Leipziger Zeitschr. 25, 560.
*) Siehe § 6 III. S. 76 ff.
68) a.a.O. S. 564.
69) Grünhut Z. 14. 38; Prozeß als Rechtsverhältnis 13 ff; Prozeßrechtliche Forschungen 63 ff, 71 ff; Krit. Viert.Jahrsschr. 36, 531; JLBl. 10, 132; Z.Z.P. 33, 211 ff; Zivilprozeß- und Konkursrecht, in Holtzendorffs Incyklopädie (6. Aufl.) 2, 54 (7. Aufl.) 3, 260; Arch. Ziv. Praxis 97, 1 ff. Rechtsphilosophie S. 56, 178.

fangreichsten Schrift,[70] Degenkolb[71] u. Fischer[72]. An dem Kampf beteiligen sich ferner als Gegner: Eccius[73], Eisele[74], Flechtheim[75], Frommhold[76], Hellmann[77], Kramer[78], Labes[79], Leonhard[80], Levy[81], Löning[82], Nußbaum[83], Regelsberger[84], Schultzenstein[85] die Kommentare von Petersen[86], v. Wilmowski-Levy[87] die Lehrbücher von Kleinfeller[88], und Weismann[89], und neuerdings Sauer[90], Binder[91], Bley[92] und Rosenfeld[93].

Die Praxis verhält sich in dem Streit der Meinungen passiv. Das Reichsgericht scheint den Begriff des Rechtsschutzanspruchs abzulehnen.[94]

Die Lehre vom Rechtsschutzanspruch ist keine geschlossene Theorie. Die Selbständigkeit der Lösungsversuche bedingt erhebliche Abweichungen. Das gemeinsame Band, das gleichzeitig die Unterscheidung von der vorher behandelten Gruppe gestattet, ist die Gebundenheit des Anspruchs an das materielle Recht. Einigkeit besteht unter den oben genannten Anhängern Wachs nach der von Degenkolb[95] übernommenen Zusammenstellung Schülers[96] über folgende Punkte:

a) daß der Urteilsanspruch außerprozessual begründet wird;
b) daß er sich gegen den Staat richtet;
c) daß er auf Gewährung günstigen Urteils geht;
d) daß er öffentlichrechtlicher Natur ist.

Meinungsverschiedenheit besteht noch über folgende Fragen:

a) ob der Urteilsanspruch sich auch gegen den Beklagten richtet,

70) Klage und Urteil Z.Z.P. 31, 191 ff. u. Sonderabdruck Berlin 1903.
71) Beiträge zum Zivilprozeß 24 ff.
72) Recht und Rechtsschutz 74; Z.Z.P. 10, 426 ff.
73) Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht (7. Aufl.) 1, S. 251.
74) Iherings Jahrb. 34, 396,
75) Z.Z.P. 25, 409, 414.
76) Widerspruchsklage S. 177 ff.
77) Iherings Jahrb. 31, 91 ff.
78) Grünhut Zeitschr. 53, 226 ff.
79) Krit. Viert. J. Schr. 43, 96 ff.
80) Z.Z.P. 15, 360 ff.
81) Gruchot Beitr. 35, 186 ff.
82) Widerklage S. 188.
83) „Prozeßhandlungen" in Fischers Abhandlungen Bd. XVII, S. 147.
84) Pandekten 1, 678.
85) J. LBl. 15, 64.
86) Kommentar zur Z.P.O. (5. Aufl.) 1, § 145, Anm. 4.
87) Kommentar zur Z.P.O. (7. Aufl.) 1, § 230, Anm. 1.
88) Lehrbuch d. Dt. Ziv.Pr.R. (3. Aufl.), S. 46 ff.
89) Lehrb. des Dt. Ziv.Pr.R. 1, 68.
90) Grundlagen des Prozeßrechts § 5, § 28.
91) Prozeß und Recht, S. 142 ff.
92) Klagerecht und rechtliches Interesse, S. 56 ff.
93) Lehrbuch d. Dt. Ziv.Pr.R. (1927).
94) R.G. Z. 71, 71.
95) Beiträge S. 24.
96) Urteilsanspruch S. 15 f.

b) ob er prozessualer Natur ist,
c) über sein Verhältnis zum Oberbegriff des Rechtsschutzanspruchs und seine Gliederung,
d) über das Dasein eines Urteilsanspruchs des Beklagten,
e) über den Einfluß eines unrichtigen Urteils auf den Bestand des Urteilsanspruchs.

Die Gründe, die gegen den Begriff des Rechtsschutzanspruchs geltend gemacht werden, faßt Schüler[97] in 8 Gruppen zusammen:

1. Es wird die Bindung des Staats an subjektiv öffentliche Rechte überhaupt bestritten. Die Rechtsprechung sei eine der Aufgabe des Staates, um deren Erfüllung willen er überhaupt existiere. Sie sei keine Anspruchserfüllung des an sich allmächtigen Staates.[98]

2. Selbst wenn man die Möglichkeit von öffentlichen Rechten des Einzelnen gegen den Staat zugebe, sei kein solches Recht der Rechtsschutzanspruch, weil er trotz seiner fundamentalen Natur nicht gesetzlich anerkannt sei.[99]

3. Dem Rechtschutzanspruch fehle das Mindestmaß für ein Recht im technischen Sinne.[100]

4. Dem Rechtsschutzanspruch fehle es an der Daseinsberechtigung, weil er kein notwendiges Glied in der logischen Kette sei, durch die man die prozessualen Erscheinungen zu erklären habe.[101]

5. Das Dasein eines vorprozessualen, im Prozeß nur auszuübenden Rechts auf günstiges Urteil sei begrifflich unmöglich.

6. Die Aufstellung eines prozessualen Rechts auf Rechtsschutz führe zur völligen Verkennung des Prozesses.

7. Die Rechtsschutzlehre vermöge keine Erklärung dafür geben, daß in einer großen Zahl von Fällen das Begehren des Schutzberechtigten abgewiesen werde.

8. Einem etwaigen Urteilsanspruch des Klägers müsse ein ebensolcher des Beklagten entsprechen. Dieser zweite Anspruch aber werde von den Anhängern der Rechtsschutzlehre nur als wesenloses Schemen konstruiert.[102]

97) Urteilsanspruch, S. 17 ff.
98) So vor allem Kohler, z. B. Rechtsphilosophie S. 56, Z.Z.P. 33, 224.
99) So Frommhold, Widerspruchsklage 178 ff, Hellmann in Iherings Jahrb. 31, 91 ff.
100) So Fischer Z.Z.P. 10, 429; Bülow, Z.Z.P. 31, 202 ff.
31, 191 ff.
101) So Fischer, Z.Z.P. 10, 428, Leonhard, Z.Z.P. 15, 360.
102) So Bülow, Z.Z.P. 31, 260 ff. und vor allem Nußbaum „Prozeßhandlungen" S. 147 ff.

IV.

In dem Rechtsschutzanspruch glauben seine Anhänger das Bindeglied zwischen Privatrecht und Prozeß gefunden zu haben. „Es hat sich gezeigt, daß dieser Begriff nicht nur eine rationelle Zusammenfassung zahlreicher Erscheinungen des Rechtslebens möglich macht, daß er nicht nur Aufklärung über das Zusammenwirken des Individuums und des Gemeinwesens für die Wahrung der Rechtsordnung bietet, sondern daß er auch anregend wirkt durch seine Postulation in Ansehung einer besseren und vollkommeneren Gewährung des Schutzes der schutzbedürftigen rechtlichen Interessen." So preist Schuster von Bonott den Einfluß der Rechtsschutzlehre,[103] die er zu den wenigen durchschlagenden Gedenken auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft rechnet. Für ihn steht fest, daß Wachs Gedanken den notwendigen Abschluß und die Krönung der neueren Untersuchungen über die Grundlage des Rechtsganges im heutigen Staat bedeutet und daß dieser einen unvergänglichen Schatz für das Gesamtrecht, für die allgemeine Rechtslehre in sich birgt.[104] Wenn er ferner ausführt: „daß der Rechtsgedanke Wachs für die heutigen Zivilprozeßgesetze geradezu bestimmend wirkte, daß durch diesen Gedanken die heutige Zivilprozeßlehre ihre eigenartige begriffliche Prägung erhielt", so hat er damit insofern Recht, als die Feststellungsklagen unter dem Einfluß dieser neuen Lehren Eingang und Ausbau in den Prozeßgesetzen gefunden haben. Der Verfasser verfolgt die Spuren des Rechtsschutzanspruchs auch außerhalb des Zivilprozesses, wo der Begriff gebildet worden ist, und findet seine Erscheinungsformen auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, im Strafprozeß, ja sogar in der Verwaltung. Er ist übrigens der Meinung,[105] daß die Begriffe, die die Rechtswissenschaft tragen, nicht erst nach logischer Widerspruchslosigkeit gerechtfertigt sind, sondern vor allem in der Bewährung ihrer praktischen Brauchbarkeit beruhen; ein Argument, das auch von Stein für die Rechtsschutzlehre verwandt wird und das im Urzweck der Wissenschaft, die doch nützliches Handeln des Menschen fördern soll, eine gewisse Berechtigung findet. Dieses Argument entspringt bei dem glühenden Lobredner des Rechts-

103) Festschrift für Wach, S. 12, seiner Abhandlung.
104) Ebenda S. 13.
105) a.a.O. S. 13.

schutzanspruchs anscheinend dem Bewußtsein, daß ein lückenloser Beweis für die Richtigkeit der Theorie kaum zu führen ist. Daher ist es nicht verwunderlich, daß die Rechtsschutzlehre trotz ihrer überragenden Bedeutung allgemeine Anerkennung noch nicht gefunden hat. Sie kann auch nicht als die herrschende bezeichnet werden.

§ 5.

Unter den Anhängern der Rechtsschutzlehre herrscht die Ansicht vor, daß der Rechtsschutzanspruch prozeßrechtlicher Natur ist. An diesem Punkte scheidet sich der Weg der Lehre vom materiellen Justizrecht.

Der vorprozessuale Rechtsschutzanspruch, der mit dem Eintritt der Rechtsschutzvoraussetzungen, zu denen insbesondere der Tatbestand gehört, zur Entstehung gelangt, kann wieder erlöschen, ohne daß es zum Prozeß kommt. Das kann z. B. aus privatrechtlichen Gründen geschehen. Hier davon zu sprechen, daß der Urteilsanspruch des Gläubigers von der Fälligkeit bis zu ihrer Tilgung ein Prozeßrecht war, erscheint nicht angebracht.[1] Und das Gleiche gilt, wenn es zwar zum Prozeß kommt, dieser aber mit einem Prozeßurteil (Abweisung a limine) endigt. Hier überdauert der Urteilsanspruch den Prozeß. Ja, nach Hellwig[2] überdauert er sogar das Urteil zur Hauptsache, wenn es unrichtig ist. Der Prozeß kann nur das mit der Klageerhebung begründete Prozeßverhältnis zum Gegenstand haben, so gut wie das Privatrecht nur vom Privatrechtsverhältnis, das Strafrecht vom Strafrechtsverhältnis handeln kann. Daher erscheint es ausgeschlossen, daß der im Privatrechtsverhältnis fundierte Rechtsschutzanspruch Prozeßrecht sein kann.

Diese von den Gegnern der Rechtsschutzlehre erhobenen Angriffe erweckten Bedenken gegen die prozessualische Rechtsnatur des Rechtsschutzanspruchs und führten zu einer unprozessualen, mehr materiellrechtlichen Auffassung des Klagerechts.

Der Rechtsschutzanspruch soll weder Privatrecht noch Prozeßrecht sein, sondern den Grundbegriff eines selbständig neben beiden stehenden dritten Rechtsgebietes bilden, des materiellen Justizrechts. Diese Fortentwickelung der Rechtsschutzlehre hat James Goldschmidt durchgeführt.[3]

1) S. Schülers „Urteilsanspruch", S. 49.
2) Klagerecht 92; System I, 250.
3) Das materielle Justizrecht, Sonderabdruck aus der Festgabe für Hübler, S. 10 ff. Zwei Beiträge zum materiellen Justizrecht, in der Festschrift für Brunner, S. 109 ff.

Der Begriff des materiellen Justizrechts ist eine von Goldschmidt eingeführte Neuerscheinung. Jellinek hat das Staatsrecht im weiteren Sinne als das die Tätigkeit des Staates überhaupt normierende Recht im Justizrecht, Verwaltungsrecht und Staatsrecht im engeren Sinne gegliedert. S. Allg. Staatslehre 2, Anm. S. 376 ff.

Merkel hat die Gesamtheit der auf die Tätigkeit der Staatsorgane bezüglichen Rechtsnormen zunächst geteilt in Rechtspflege und Wohlfahrtspflege. Die auf die Rechtspflege bezüglichen Rechtssätze hat er geordnet in Justizverwaltung und Justizgesetzgebung. S. Merkel, Jur. Encyklopädie, §§ 375, 376.

An diese Normierungen knüpft die Terminologie Goldschmidts an. Ich verweise auf die Kritik hierzu bei Binder „Prozeß und Recht", S. 261 ff. und die Antwort Goldschmidts in Jur. Wochenschrift 27, 352.

Es wird von seinem Entdecker bestimmt als „der Inbegriff der Rechtssätze, welche an eine bestimmte Privatrechtslage, als Tatbestand, die staatliche Verpflichtung zu einem entsprechenden, in die Privatrechtslage eingreifenden Rechtsschutzakt knüpfen".[4] Dies bedarf der Erläuterung.

Alles Recht ist imperativer Natur. Seine Gebote richten sich entweder an die Rechtsuntertanen oder an die Organe des Staates. Ueberall, wo das Privatrecht dem einzelnen eine Rechtspflicht auferlegt, geht dem unausgesprochen zur Seite, das Gebot an den Richter, auf Anruf in dem Sinne zu urteilen, wie es der privatrechtlichen Verpflichtung entspricht. Ist der Besitzer der fremden Sache verpflichtet, sie dem Eigentümer herauszugeben, so ist der Richter verpflichtet, den Besitzer als Beklagten zur Herausgabe zu verurteilen. Den Geboten der einen Art sind ohne weiteres die entsprechenden Gebote der anderen Art zu entnehmen, gleichgültig, ob die Vorschrift eines Gesetzes äußerlich als Gebot an die Rechtsuntertanen oder an das Staatsorgan gefaßt ist. Im römischen Recht waren die Senatuskonsulte und vorwiegend auch die Edikte der PrätorenDienstanweisungen an die Jurisdiktionsmagistrate und doch sind ihnen die Rechtsvorschriften an die Untertanen entnommen worden. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist privatrechtlich geschrieben; sein ungeschriebenes Spiegelbild sind die justizrechtlichen Vorschriften.[5]

4) Zwei Beiträge, S. 127.

5) Siehe Kipp, über Doppelwirkungen im Recht, in der Festschrift für von Martitz, S. 212 f.

Diese neuartige Betrachtungsweise der Rechtssätze, die in der Tat nicht nur Lebensgesetze, sondern auch Streitentscheidungsnormen, sind, ermöglicht es, eine bestimmte Seite des materiellen Rechts zu erfassen, nämlich den Inbegriff der Rechtsregeln für das Verhältnis des Individuums zum rechtsschutzpflichtigen Staat, gleichsam als eine neue Dimension des Rechts. „Was wir im Bereich der Ziviljustiz als materielles Recht bezeichnen, trägt ein Janushaupt. Die eine Seite ist dem privatrechtlichen Gegner, die andere dem Staat zugewandt.[6] Materielles Zivilrecht und materielles Ziviljustizrecht sind nur zwei Seiten ein und desselben Rechtsgebiets. Die herkömmliche Einteilung in Prozeß- und Privatrecht erfährt die Bereicherung um eine dritte Größe. „Das Privatrecht bestimmt, was der Einzelne seinem Nebenmann schuldet; das Prozeßrecht ergibt, wie das Urteil zu finden, das Justizrecht aber, was dem Urteil als Inhalt zu geben ist."[7] Ihm gehören an alle Bestimmungen des BGB., des HGB., der ZPO., der KO. und ihrer Nebengesetze, die die Rechtsschutzvoraussetzungen ordnen, Inhalt und Untergang des Rechtsschutzanspruchs regeln.

Das subjektive Recht des materiellen Justizrechts ist der Rechtsschutzanspruch. „Er ist in der Hauptsache trotz aller seiner Unabhängigkeit von ihm das subjektive Privatrecht in seiner Richtung gegen den rechtsschutzpflichtigen Staat."[8]

Für Goldschmidts Lehre setzen sich ein Kipp[9], Seckel[10] und Schüler[11]. Als entschiedene Gegner haben sich erklärt: Hellwig[12], Stein[13] Neuner[14][14] Bley[15] und Binder[16]. Selbstverständlich wird der Begriff des materiellen Justizrechts auch von allen denen abgelehnt, die den Rechtsschutzanspruch nicht anerkennen. Die Lehre vom materiellen Justizrecht bedeutet eine Abkehr von der seit Bülow herrschend gewordenen Auffassung des Prozesses als Rechtsverhältnis. Sie versucht den nach ihrer Meinung zu Unrecht zerrissenen Zusammenhang zwischen Prozeß und Prozeßgegenstand wiederzufinden. Der Prozeß ist nach

6) Goldschmidt, Zwei Beiträge, S. 122 f.
7) Kipp, Ueber Doppelwirkungen im Recht, S. 213; auch Goldschmidt, Zwei Beiträge, S. 120.
8) Goldschmidt, Zwei Beiträge 120 (Sonderabdruck S. 14).
9) Doppelwirkungen im Recht, S. 212 ff.
10) Gedächtnisrede auf Hellwig, S. 58 f.
11) Urteilsanspruch, S. 47 ff.
12) System 1. Bd. § 256, Anm. 4; § 295, Anm. 16.
13) Kommentar z. Z.P.O. 1, 586, Anm. 72.
14) Privatrechte und Prozeßrechte S. 44 ff
15) Klagerecht, S. 70.
16) Prozeß und Recht, S. 239 ff.

Goldschmidt nicht Rechtsverhältnis, sondern Rechtslage.[17] Das Recht wird im prozessualen Sinne als die Aussicht auf einen prozessualen Erfolg, in letzter Linie auf ein günstiges Urteil betrachtet. Für sie ist der Prozeß (in dem engeren Sinne von einem Entscheidungsverfahren) das auf die Herbeiführung von Rechtskraft gerichtete Verfahren,[18] nicht so sehr die Verwirklichung des Rechtsschutzanspruchs, wie bei Wach.[19]

Der Unterschied der Betrachtungsweise zeigt sich vor allem deutlich bei der Lehre vom unrichtigen Urteil. „Man kann kecklich behaupten, daß wenigstens 20 % der Prozeßentscheidungen unrichtig sind, das heißt, mit dem wirklich vorhandenen Rechtszustand in Widerspruch stehen, sei es infolge Verfehlungen des Richters, sei es infolge solcher der Parteien, sei es auch, weil die Parteien absichtlich den Prozeß benutzen, um dem Recht eine andere Wendung zu geben."[20] Mit der Erscheinung des unrichtigen Urteils findet sich die Rechtsschutzlehre schlecht ab. Wach bemerkt hierzu einfach: „Das im Urteil anerkannte Recht ist das wirkliche, das aberkannte, nicht das wirkliche Recht. Ein Zwiespalt zwischen dem Urteilsinhalt und der Wahrheit ist zwar für uns vorstellbar, aber rechtlich bedeutungslos. Aus diesem Zwiespalt darf man überhaupt nichts folgern. Der verneinte Urteilsanspruch war nicht vorhanden, der bejahte findet im Urteil seine Erledigung".[21] Da Wach andererseits die Existenz des Rechtsschutzanspruch an die außerprozessuale, materielle Rechtslage geknüpft wissen will, befindet er sich im offensichtlichen Widerspruch mit diesen Sätzen über die Urteilsrichtigkeit. Die Lehre vom materiellen Justizrecht ist von ihrem Standpunkt aus in der Lage, drei wichtige Grundgedanken des Zivilprozesses zu berücksichtigen: die Herrschaft der Partei über den Prozeßstoff, die Beweisbedürftigkeit des Urteilsanspruchs und den Zweck des Prozesses, endgültige Rechtsgewißheit herzustellen. In ihrem Gesichtsfeld ist das Urteil nicht falsch, wenn es der Prozeßlage entspricht. Mit der materiellen Rechtslage braucht es garnicht übereinzustimmen. War der Kläger rechtsschutzberechtigt, so nimmt ihm das unrichtige Urteil den Urteilsanspruch;[22] auch dann, wenn der Richter das Recht nicht rich-

17) Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 253.
18) Goldschmidt, ebd. S. 151, vgl. hierzu Weismann, Hauptintervention S. 77.
19) Handbuch 17, Anm. 7; Feststellungsanspruch S. 14; Z.Z.P. 32, 5 ff.
20) Kohler, Arch. Ziv. Prax. 97, S. 3.
21) Wach, Z.Z.P. 32, S. 32.
22) Vgl. Schüler, Der Urteilsanspruch S. 54.

tig anwendet, denn darin liegt weder die Verletzung einer Amtspflicht, noch einer staatlichen Justizpflicht, sondern das Zeichen einer Unkenntnis oder irrigen Rechtsauslegung, ein subjektiver Verstandes-, kein Willensfehler.[23] Hier erfährt die Lehre vom Rechtsschutzanspruch eine zutreffende Richtigstellung. Von der Selbständigkeit des Prozesses ausgehend, gelangt die Lehre vom materiellen Justizrecht zu einer besseren Erfassung seines eigenartigen Verhältnisses zum materiellem Recht und führt die Abhängigkeit des Rechtsschutzanspruchs zum materiellem Recht auf das richtige Maß zurück. Wegen der Anpassungsfähigkeit an die jeweilige Prozeßlage hat man die Betrachtungsweise des materiellen Justizrechts auch als die dynamische bezeichnet, im Gegensatz zu Wachs metaphysischer Begriffsbildung.

§ 6.

Mit der Erkenntnis, daß das Klagerecht irgendwie gegen den Staat gerichtet ist, von dem der Rechtschutz verlangt wird, wurde die alte gemeinrechtliche Lehre ganz allgemein verlassen. Trotzdem hat es auch in der Folgezeit niemals an Stimmen gefehlt, die das Klagerecht unmittelbar auf Verleihung durch die Privatrechtsordnung gründeten und damit diesen Begriff selbst mit privatrechtlichem Stempel versahen. Wenn man auch heute nicht mehr den privaten Anspruch auf Leistung mit dem Klagerecht identifiziert, sondern dieses auf das subjektive Recht überhaupt bezieht, so beschränkt man sich doch teilweise noch darauf, die Klagbarkeit als Akt der Ausübung oder als Eigenschaft oder als öffentlich-rechtliches Element des Privatrechts zu bezeichnen. Damit kommt man zu der letzten Gruppe der Ansichten in dem Streit um den Klagerechtsbegriff. Sie sind von der gemeinrechtlichen Auffassung stark beeinflußt, unterscheiden sich aber von ihr wesentlich dadurch, daß sie unter dem Einfluß der neueren Forschung das öffentlichrechtliche Wesen des Klagerechts in seiner Richtung gegen den Staat nicht bestreiten. Untereinander unterscheiden sich die Theorien durch ihre größere oder geringere Abstraktion vom Prozeßrecht.[1]

---

23) S. Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 247.

1) Schüler spricht dieser Gruppe in der Fortbildung des Klagerechts bleibenden Einfluß ab. (S. Urteilsanspruch S. 6 f). Die Totmeldung dürfte verfrüht sein. Neuerdings ist Binder mit einer umfasenden Streitschrift in diese Front eingetreten. (Prozeß und Recht 1927.)

I.

Einen gewissen Uebergang von der Lehre vom materiellen Justizrecht zu den rein materiellen Theorien gibt die monistisch-publizistische Theorie Krückmanns ab.[2] Dem Namen nach Anhänger des außerprozessualen konkreten Rechtsschutzanspruchs, leugnet Krückmann den Gegensatz der privaten Klagerechtslehre und der Rechtsschutzlehre. Nach ihm führt zum Ziele nur eine „rein öffentlichrechtliche Auffassung des sogenannten Privatrechts".[3] Zwischen den Privaten — meint er[4] — besteht nur ein völlig unjuristisches leisten sollen. Juristische Bedeutung bekomme es erst dann, wenn es mit einem Müssen verbunden ist. Den Rechtszwang, den er allerdings als Wesenselement des Rechts betrachtet, enthalte das Privatrecht erst in seiner öffentlichrechtlichen Funktion, die als Befehl an den Richter zu denken ist, „Wende an", oder in der Macht des Gläubigers in seiner öffentlichrechtlichen Befugnis gegenüber dem Gericht, dessen Hilfe zur Durchsetzung eines Anspruchs verlangen zu können.[5] Jedes subjektive Privatrecht ist daher nur subjektives öffentliches Recht.[6] Einen prinzipiellen Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Rechten gibt es demnach nicht. Da Krückmann das materielle Justizrecht ablehnt, bleibt ihm nichts anderes übrig, als den Rechtsschutzanspruch mit dem subjektiven Privatrecht zu identifizieren.[7]

Bemerkenswert, wie Krückmann sich nun um die Erklärung des unrichtigen Urteils müht. Denn auch er muß anerkennen, daß die im Prozeß siegende Partei durchaus nicht immer materiell rechtsschutzberechtigt ist. Er meint,[8] die unberechtigt siegende Partei erringe den Sieg deshalb, weil sie den Schein eines Rechtsschutzanspruchs für sich habe. „Um des wahren Rechts willen schützen wir unter Umständen auch das Scheinrecht und geben diesem die Erzwingbarkeit des wahren Rechts, weil wir sie sonst dem wahren Recht versagen müßten. In dem konkreten Scheinanspruch schützen wir den konkreten wahren Anspruch und darum ist aus dem konkreten außerprozessualen Anspruch in der Idee aller Rechts-

2) Krückmann, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Iherings J. 57, 30 ff.
3) a.a.O. S. 57.
4) a.a.O. S. 66 f.
5) a.a.O. S. 63.
6) a.a.O. S. 64.
7) a.a.O. S. 90, 93.
8) a.a.O. S. 103.

schutz herzuleiten."[9] Nach Krückmann reicht daher der Begriff des Rechtsschutzanspruchs zur Lösung des Problems nicht aus. Er will das System ergänzen durch die Einführung eines Rechtsscheinschutzanspruchs. „Jeder hat Anspruch gegen den Richter (nicht den Staat) auf Schutz des Rechtsscheins, wie er den Richter nach pflichtmäßiger Prüfung als zutreffendes oder nicht zutreffendes Bild der Rechtslage vorschwebt, oder als zutreffend seiendes Bild vorgeschrieben ist." „Rechtsschein ist das Bild, das sich der Richter von dem wirklich vorhandenen Anspruch macht oder machen muß (z. B. nach dem Parteieid). Als Bild in der Vorstellung des Richters darf man den Rechtsschein auch dann bezeichnen, wenn der Richter an einen Rechtsschutzanspruch glaubt, der nicht vorhanden ist."[10] Der Rechtsscheinschutzanspruch vermochte größere Bedeutung nicht zu gewinnen. Gegen diese Uebertreibung in der Konstruktion wendet sich vor allem Schüler.[11]

II.

Mehr Beachtung hat der Höldersche Klagerechtsbegriff gefunden. Hölder, der ursprünglich[12] den Rechtsschutzanspruch vertrat, hat sich im Laufe seines Lebens schrittweise davon entfernt.[13] Zwar bejaht auch er einen gegen den Staat gerichteten Rechtsschutzanspruch, er ist aber bei ihm nur das publizistische Mittel zur Durchführung des gegen den Gegner sich kehrenden Klagerechts. Die Erhebung der Klage ist nach Hölder die Geltendmachung eines gegenüber dem Gegner durch die Belangung erhobenen Anspruchs auf einen bestimmten Erfolg.[14] Die gegen den Gegner gerichtete Macht ist unabhängig vom Prozeß, sowohl in der Existenz, als auch in dem Ziele, das kein prozeßrechtliches ist, sondern der den Prozeß überschießende materiellrechtliche Erfolg. „Es ist nicht ein zufälliges, sondern ein bestimmungsgemäßer Erfolg meiner Klage, wenn schon ihre Erhebung den Beklagten zur Befriedigung meines Anspruchs bestimmt."[15] Der Zweck der Gestaltungsklage geht freilich auf in der Erreichung eines ihr statt-

9) a.a.O. S. 98.
10) a.a.O. S. 161.
11) Urteilsanspruch § 13, S. 76 ff.
12) Pandekten I, S. 323, 332; Kr. Viert. J. Schr. 32, 358.
13) Z.Z.P. 29, 50 f, Arch. Ziv. Prax. 93, 1 ff., Leipziger Dekanatsprogramm (auch in Iherings Jb. 46, 265 f); Rektoratsrede (auch in Iher. Jb. 51, 315 ff).
14) Dekanatsprogramm S. 3.
15) Dekanatsprogramm, S. 25.
16) Dekanatsprogramm S. 27.

gebenden Urteils. Der Zweck der Verurteilungsklage ist dagegen durch das ihr stattgebende Urteil noch nicht erreicht; und ist erreicht ohne Urteil, wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers vor dem Urteil befriedigt.[16]

Die Richtung gegen die Gegenpartei als Passivsubjekt des Klagerechts, das im Staat nur dessen Helferspflicht anruft, und das außerprozessuale Ziel der Klage sind die wesentlichsten Merkmale der Lehre Hölders. In dieser Gestaltung muß das Klagerecht stets Ausfluß eines existierenden bewährungsfähigen Privatrechts sein, allerdings nicht notwendig eines Anspruchs. Hölder knüpft das Klagerecht, um auch die Feststellungsklagen erklären zu können, an „jede der Geltendmachung durch Klage fähige Rechtslage."[17] Jede zugunsten einer Partei bestehende Rechtsklage, deren Inhalt auch ein rein negativer sein kann (wie bei der negativen Feststellungsklage) wird als subjektives Recht gekennzeichnet.[18] Hervorgehoben wird dabei, daß die Geltendmachung durch Klage nicht selbstverständlich sei, da es subjektive Rechte gibt, die zur Verfolgung mit Klage ungeeignet sind, z. B. verjährte Rechte, Verlöbnis. Daher ist Klagerecht mit dem Anspruch nicht identisch.[19]

III.

Auch Geib will die außerprozessuale Rechtslage zwischen den Parteien zum ausschließlichen Prüfstein der Rechtmäßigkeit des Prozesses machen. Nach seiner Auffassung ist es der außerprozessuale materielle Anspruch selbst, der im Verhältnis unter den streitenden Parteien im Prozeß in Form des Rechtsschutzbegehrens mit Recht oder mit Unrecht einerseits betätigt und andererseits abgewehrt wird.[20] Das Recht zur Betätigung des Privatrechts durch Klage ist durchaus privatrechtlich und gründet sich auf die Bewährungsfähigkeit oder Erzwingbarkeit des privaten Rechts.[21]

Von der Betätigung des außerprozessualen Rechts gegenüber dem Beklagten ist nach Geib verschieden und scharf zu trennen, das an den Staat gerichtete Rechtsschutzbegehren. „Das Recht auf Gewährung desselben wird erst durch die Pro-

17) Rektoratsrede S. 35 f.
18) Rektoratsrede S. 41 f.
19) Ebenda S. 44 f.
20) Geib, Rechtsschutzbegehen und Anspruchsbetätigung, S. 21.
21) a.a.O. S. 6, 7, 10.

zeßgründung geschaffen, ist rein prozessualer Art und besteht ganz unabhängig von dem außerprozessualen materiellen Recht lediglich nach Maßgabe des der Urteilsfüllung zugrunde zu legenden prozessualen Tatbestandes".[22] Das Rechtsschutzbegehren ist nur eine Form der Anspruchsbetätigung. Ueber das Verhältnis der beiden Erscheinungen gilt noch folgendes:[23]

1. Die Rechtmäßigkeit und Rechtswirksamkeit des Begehrens und Gewährens der staatlichen Rechtsschutzakte sind von dem Bestehen des materiellen Anspruchs unabhängig.

2. Die unabhängig von der Eröffnung des materiellen Anspruchs den Parteien obliegende Unterwerfung unter die staatliche Erkenntnis- und Zwangsgewalt haben die Parteien voneinander zu verlangen kein objektives Recht, weder ein privates noch ein öffentliches.

3. Das Recht der Parteien untereinander erschöpft sich vielmehr darin, daß sie in Form des Rechtsschutzbegehrens ihr Anspruchs- und Defensionsrecht betätigen dürfen.

Diese drei Sätze, die Geib selbst als die Angelpunkte seiner Untersuchungen bezeichnet,[24]. sollen zeigen, daß durch die Erhebung der Klage und den Betrieb der Vollstreckung niemals lediglich der privatrechtliche Anspruch ausgeübt, ebensowenig aber auch ausschließlich ein staatlicher Rechtspflegeakt begehrt wird, vielmehr stets beides zugleich erfolgt: die Anspruchsbetätigung im Verhältnis zum Beklagten, bezw. Vollstreckungsschuldner, das Rechtsschutzbegehren gegenüber dem Gericht oder dem Staat. Mit der Rechtsschutzlehre, als deren Anhänger sich Geib bezeichnet, hat sein Rechtsschutzbegehren nichts zu tun.

IV.

Schließlich wäre noch auf ein Schriftstellerpaar neuesten Datums hinzuweisen. Wie in der abstrakten Klagerechtslehre bei Degenkolb und Plósz, die unabhängige voneinander und doch gleichzeitig etwa dieselben Forschungsergebnisse entwickelten, tritt uns in der jüngsten Theorie nochmals die Duplizität der Ereignisse entgegen. Neuner[25] und Binder[26] verkünden un-

22) a.a.O. S. 6, Anm. 4.
23) a.a.O. S. 28.
24) a.a.O. S. 28.
25) Privatrecht und Prozeßrecht. Beiträge zum Zivilprozeß. Herausgegeben von Kisch, Mendelsohn-Bertholdz, Pagenstecher, 1925.
26) Prozeß und Recht, 1927.

gefähr gleichzeitig[27] die Einheit des Privat- und des Prozeßrechts als die einzig mögliche Lösung des Problems. Das Ergebnis Neuners Habilitationsschrift läßt sich dahin zusammenfassen, daß das Prozeßrecht nicht als öffentliches vom Privatrecht zu scheiden ist. Es ist vielmehr selbst Privatrecht, mit ihm in untrennbarer Einheit verbunden und nur gegenständlich als formelles Recht vom materiellen Recht gesondert. Das Privatrecht ist nach seiner Anschauung Recht nur, soweit es durchsetzbar, erzwingbar ist. Das Zivilprozeßrecht ist die notwendige Ergänzung. Grundsätzlich ist das formelle Recht, d. h. das, welches die allgemeine und besondere Voraussetzungen jedes Urteils regeln, von den seinen Inhalt bestimmenden nicht zu sondern. An der Verwandtschaft dieser Sätze mit der alten gemeinrechtlichen Klagerechtslehre ändert nichts die Tatsache, daß Neuner das Rechtsschutzinteresse als allgemeine Klagevoraussetzung herausstellt und dem materiellen Recht entgegensetzt. Die Funktion dieses Begriffes wird nicht näher dargelegt. Neuner bewegt sich überhaupt in ziemlich allgemein gehaltenen Bemerkungen.[28]

Ungleich tiefer dringt Binder ebenfalls vom Standpunkt des Privatrechtlers aus in das Problem ein. Er findet das Hindernis zur Lösung, das allen den vorangegangenen Theorien entgegensteht, in dem Dualismus der Grundanschauung, die der Privatrechtsordnung eine besondere Rechtsschutzordnung gegenüberstellt.[29] Es ist ihm allerdings zuzugeben, daß dieser Dualismus der Rechtsordnungen geradezu ein Axiom der Prozeß- wie der Privatrechtswissenschaft bildet und doch, meint er, habe man niemals es der Mühe wert gefunden, diese dualistische Lehre einer ernstlichen Nachprüfung zu unterziehen.[30]

Ueber das richtige begriffliche Verhältnis von Recht und Rechtsschutz findet Binder ein Vorbild in dem Satz bei Kierulff.[31] „Ein Recht ist Recht durch Anerkennung und Schutz des Staates, welcher präsent ist im Organ des Gerichtes." Er behauptet,[34] „daß, wie das funktionelle Wesen alles Rechtes eine äußerlich durchsetzbare Macht ist, auch das Wesen des Privat-

27) Binders Werk ist zwar erheblich später erschienen; nach seinem eigenen Zeugnis im Vorwort war es aber zum großen Teil seit einigen Jahren fertig. Die Forschungen sind völlig unbeeinflußt. Daß ihm Neuners Arbeit nicht bekannt war, ergibt sich aus dem Mangel jeglicher Bezugnahme.
28) Siehe die Besprechung von Wach in J.W. 26, 1515.
29) Prozeß und Recht, S. 8 und oft.
30) a.a.O. S. 8.
31) Theorie des gemeinen Zivilrechts I (1839) S. 156.
32) Binder, Prozeß und Recht, S. 104 f.

rechtes Macht sein muß; daß diese Macht in der staatlichen Rechtsschutzorganisation besteht, so daß der Privatrechtsanspruch gegen den Schuldner und Beklagten zusammenfällt mit dem Recht an den Staat auf Rechtsschutz, so daß Recht und Rechtsschutz nicht verschiedene, auf verschiedenen Rechtsordnungen beruhende Einrichtungen, sondern dasselbe Ding sind, nur von verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet." Seine Identitätslehre, wie er sie nennt,[33] besteht also darin, daß das Recht Recht ist nur durch die Rechtsschutzmittel, also durch die Klage, daß in jeder Rechtsordnung mit begrifflicher Notwendigkeit „die Klage das Prius, das Recht das Posterius, die Klage das Erzeugende, das Recht das Erzeugte ist", indem die klassische These Windscheids richtig gestellt werden soll.[34] Das subjektive Recht soll eben erst in der Prozeß- und Beurteilungsfähigkeit des Tatbestandes bestehen, wobei Schutz und Garantie als Existenzbedingung des Rechts anzusehen ist.[35] Der Untertan hat nicht einen Anspruch gegen den Staat auf Rechtsschutz, kein Recht auf Urteil, sondern er hat den Rechtsschutz, ihm wird bei entsprechender Prozeßführung das Urteil — und ebenso die Vollstreckung — zu Teil und in dieser Tatsächlichkeit des Geschütztseins ist es begründet, daß wir von einem Recht gegen einen gegenwärtigen oder künftigen oder auch nur möglichen Gegner sprechen.[36] Der Rechtsschutz ist nur eine Rechtslage, eine öffentlich-rechtliche Situation, das Recht darauf ein natürliches Teilhaftigsein, aber nicht selbst subjektives Recht.[37]

Nach Binder sind die Rechtssätze nichts weiter als Verheißungen von Rechtsschutz unter der ungeschriebenen Voraussetzung, daß der Tatbestand bewiesen wird.[38] „Das Recht auf Urteil, und zwar auf ein Urteil nach meinem Begehren habe ich freilich schon vor dem Prozeß; aber ich habe es nur unter der Voraussetzung, daß das von mir behauptete materielle Recht, der Privatrechtsanspruch, nicht etwa an sich existiert, sondern im Prozeß als ein existierendes dem Richter zur Ueberzeugung gebracht wird; der Inhalt des Rechtsschutzverhältnisses, des Rechtlichgeschütztseins durch die Rechtsschutzorganisation des Staates, ist nicht an die Rechts-

33) a.a.O. z. B. S. 104.
34) a.a.O. S. 12.
35) a.a.O. S. 371.
36) a.a.O. S. 391.
37) a.a.O. S. 381.
38) a.a.O. S. 385.

behauptung allein, aber auch nicht an die Existenz des Rechtes, sondern an Rechtsbehauptung und Beweis geknüpft, so daß weder die Theorie vom konkreten, noch die vom abstrakten Klagerecht als richtig betrachtet werden kann, weil sie beide den Tatbestand verkennen, der die Voraussetzung der Rechtsschutzverheißung des Staates bildet. Dieser Tatbestand ist ein prozessualer und außerprozessualer zugleich: er ist letzteres, insofern wir ihn uns vorzustellen pflegen, als einen an sich existierenden, jedoch dereinst im Prozeß beweisbaren und ersteres, insofern wir uns... bewußt werden, daß der Prozeß eine Rechtsgestaltungsoperation ist, die die Aufgabe hat, in bestimmten, geregelten Formen dem Richter die Ueberzeugung von jener Existenz des materiellen Rechts, nun nicht mehr im Sinne des bloß Beweisbaren, sondern des Bewiesenen zu erwecken."[39]

Man betrachtet es als eine Errungenschaft der modernen Rechtswissenschaft, das öffentlich-rechtliche Prozeßverhältnis von dem privatrechtlichen zwischen den Parteien bestehenden losgetrennt und besonderer Betrachtung zugänglich gemacht zu haben. Binders Theorie bedeutet eine grundstürzende Kritik dieser Lehre und die drohende Vernichtung aller Errungenschaften der endlich selbständig gewordenen modernen Prozeßwissenschaft ist es, die Binder selbst an dem Erfolg seiner Lehre ernstlich zweifeln läßt.[40] Seine Untersuchungen zeigen immerhin, wie weit man noch von einer endgültigen Verständigung über die Lösung des Problems entfernt ist.

§ 7.

Die Frage nach dem Zusammenhang der Rechtsordnung und der Rechtsschutzordnung, insbesondere die Frage nach dem Tatbestand, auf dem das fragliche Klagerecht beruht, hat die Wissenschaft vor eine Aufgabe gestellt, die sie bis zum heutigen Tage noch nicht befriedigend gelöst hat. Mehr als 60 Jahre währet der Kampf um die berühmte Brücke zwischen Prozeß zum Privatrecht. Man muß sich von dem Irrtum freihalten, daß die Theorien in der gewählten Scheidung einheitlich gelehrt werden. In Reinkultur existieren diese Gebilde eigentlich nur in den Augen des Rechtshistorikers, der sie des Systems halber abstrahiert. Ueber das Klagerecht wird im Begriffshimmel

39) a.a.O. S. 384 f.
40) a.a.O. S. 392.

verhandelt und in diesem Himmel geht es erfahrungsgemäß nichts weniger als friedlich zu. Ueber nichts wird erbitterter und zugleich aussichtsloser gestritten, als über juristische Konstruktion und den ihr dienenden Begriff."[1] Der Mangel eines einheitlichen Sprachgebrauchs für Begriffe, die unter dem gleichen Namen ganz verschiedenen Inhalt haben, hat zu dem, wie schon Schüler[2] hervorgehoben hat, die Verwirrung in der Klagerechtslehre nur gefördert. Mit seinen Verwechselungen war es in dem Streit der Meinungen eine fortdauernde Quelle schwerer Mißverständnisse und hat die Entwicklung gehemmt.

Es ist doch wohl die Entwicklung des modernen Staates, die dem Gedanken des Klagerechts den Weg bahnte und die Lehre vom Rechtsschutzanspruch erlangte wohl deswegen so hohe Bedeutung, weil sie mit der herrschenden Grundanschauung über die Beziehungen des Einzelnen zum Gemeinwesen in Einklang steht. Die Ansicht, wonach zwischen dem Staatswesen und dem Einzelnen ein gegenseitiges Verhältnis besteht, wonach beide gegeneinander Rechte und Pflichten haben, beruht in der germanischen Staatsentwicklung. Mit der römisch-rechtlichen Auffassung über diese Beziehung wäre die Annahme des Rechtsschutzanspruchs nicht zu vereinigen, weil in Rom ähnlich wie in Griechenland die Auffassung vorherrschte, daß der Einzelne im Gemeinwesen aufzugehen habe, daher nicht als Träger von Rechten gegenüber dem Gemeinwesen auftreten könne.

Die Wendungen, die die Entwicklung der Theorien genommen hat, lassen eine gewisse Stetigkeit in dem Bestreben erkennen, zu der ursprünglichen Linie, die die alte materiellrechtliche Lehre vom Klagerecht bildet, zurückzukehren. Nach der scharfen Abkehr von der gemeinrechtlichen Lehre durch Bildung der abstrakten Klagerechtsbegriffe verläßt der Weg in dem konkreten Rechtsschutzanspruch diese von der Grundlinie hinwegstrebende Richtung, um durch das materielle Justizrecht eine weitere Biegung zu erfahren, die sich noch weiter der Grundlinie nähert und in den modernen privatrechtlichen Theorien sich vollends der Ausgangslinie wieder anzuschmiegen.

1) Degenkolb, Zwei Beiträge, S. 2.
2) Urteilsanspruch, S. 9.

Literaturverzeichnis.

Binder: Prozeß und Recht, Leipzig, 1927.
Bley: Klagerecht und rechtliches Interesse, Leipzig, 1923.
Böcking: Pandekten des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Bonn, 1853
Brinz: Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Erlangen, 1873.
Bruns: in Holtzendorff, Encyklopädie, 4. Aufl., I. Teil.
Bülow: Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen, Gießen, 1868.
— Klage und Urteil, Berlin, 1903, Sonderabdruck aus Z.Z.P. 31, 191.
von Canstein: Grundlagen des Kontumazialrechts in Z.Z.P. 16, 177
Du Chesne: Der Rechtsschutzanspruch, Leipziger Zeitschrift 25, 560.
Degenkolb: Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig, 1877.
— Der Streit um den Klagerechtsbegriff, Beiträge zum Zivilprozeß, Leipzig 1905.
Dernburg: Pandekten, 7. Aufl., Berlin, 1903, 1904.
Eisele: Civilistische Kleinigkeiten in Jherings Jahrb. 31, 360 ff.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Berlin, 1903.
Eneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9./11. Aufl., Marburg 1913.
Engelmann: Der Zivilprozeß, Breslau 1889.
Fischer: Recht und Rechtsschutz, Berlin, 1889.
Fitting: Der Reichszivilprozeß, 12./13. Aufl., Berlin, 1907.
Fleiner: Institution des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Tübingen, 1913.
Flechtheim: Die Struktur der negativen Feststellungsklage, Z.Z.P. 25, 405 ff.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., Berlin, 1896.
Förster-Kann: Kommentar zur Z.P.O., 3. Aufl., Berlin, 1913.
Frommhold: Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung, Berlin, 1891.

Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß in Fischer's Abhandlungen, München, 1909.
Gierke: Deutsches Privatrecht, Leipzig, München, 1895, 1917.
Goldschmidt, James: Materielles Justizrecht, Berlin, 1905. Sonderabdruck aus der Festgabe für Hübler.
Goldschmidt: Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht, Leipzig, München, 1914, Sonderabdruck aus der Festschrift für Brunner.
— Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb, München, 1910.
— Der Prozeß als Rechtslage, Berlin, 1925.
Groh: Der Anspruch auf Rechtspflege Z.Z.P. 51, S. 145 ff.
Grosse: Rechtsschutzvoraussetzungen.
Gmelin: Die Vollstreckbarkeit im Reichszivilprozeßrechts, Tübingen, 1898.
Hasse: Ueber das Wesen der actio, im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, Bd. 6, 1833.
Hegler: Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, Tübingen, Leipzig 1903.
Hein: Duldung der Zwangsvollstreckung, Breslau 1911.
Heyssler: Ueber Degenkolbs Einlassungszwang und Urteilsnorm, Grünhut Z. 5, 600.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München 1886.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
— Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905.
— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1903, 1907.
— System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912.
Hölder: Pandekten, Allgemeine Lehren, Freiburg 1891.
— Ueber das Klagerecht, Leipziger Dekanatsprogramm, 1903.
— Ueber das Privatrecht als Objekt gerichtlicher Geltendmachung, Leipziger Rektoratsrede, 1909.
Jellinek, Das Recht des modernen Staates, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900.
— System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1905.
Kierulff: Theorie des gemeinen Zivilrechts, 1839.
Kipp: Ueber Doppelwirkungen im Recht. Festschrift für Martitz, Berlin 1911.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903.

Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses, Berlin 1905.
Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.
— Prozeßrechtliche Forschungen, Berlin 1889.
— Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, Berlin 1894.
— Die Grundlagen des Zivilprozesses im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 97, S. 1 ff.
— Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin, Leipzig 1909.
Kroll: Klage und Einrede, Berlin 1884.
Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Iherings Jahrb. 57, 30 ff.
Kremer: Zur Konstruktion des Zivilprozesses, Grünhut Z. 33, 289.
Labes: in Krit. Viert. J. Schr. 43, 96.
Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 1. Aufl. Freiburg, Tübingen 1882; 5. Aufl. Tübingen 1911, 1913.
Langheineken: Der Urteilsanspruch, Leipzig 1899.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, München 1906.
Leonhard: Der Anspruchsbegriff, ZZP. 15, 327 ff.
Levy: Ueber Wachs Feststellungsanspruch, Gruch. Beitr. 35, 156 ff.
Loening: Die Widerklage im Reichszivilprozeß, Berlin 1881.
Merkel: Juristische Enzyklopädie, Berlin, Leipzig 1885.
Muther: Zur Lehre der römischen actio, Erlangen 1857.
Neuner: Privatrecht und Prozeßrecht, Beiträge zum Zivilprzeß, herausgegeben von Kisch, Mendelsohn-Bertholdy, Pagenstecher 1925.
Nußbaum: Die Prozeßhandlungen, München 1908.
Oertmann: Kommentar zum BGB., Allg. Teil, 2. Aufl., Berlin 1908,
— Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl., Berlin 1910.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Stuttgart 1891.
Petersen: Kommentar zur Z.P.O., 3. Aufl., Lahr 1904.
Pagenstecher: Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten i. Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 97, S. 17 ff.
Planck: Kommentar zum BGB., 4. Aufl., Berlin 1914 bis 1929.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München 1891.
Plósz: Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880.
Pollak: System des österreichischen Zivilprozeßrechts, Wien 1903.

Puchta: Pandekten, 11. Aufl., herausgegeben von Rudorff, Leipzig 1872.
Regelsberger: Pandekten, Leipzig 1893.
Reinhold: Ueber den Begriff einer Rechtsverletzung als Voraussetzung des Klagerechts, ZZP. 21, 1 ff.
Rocholl: Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Breslau, 1883, 1890.
Rosenfeld: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1927.
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1841.
Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1898 und 1910.
— Prozeßrecht und Staatsrecht. Freiburger Abhandlungen, 1905.
Schott: Das Gewähren des Rechtsschutzes im Römischen Zivilprozeß, Jena 1903.
— Römisches Zivilprozeß und moderne Prozeßwissenschaft, München 1904.
Schüler: Der Urteilsanspruch, Tübingen 1921.
Schultze: Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung, Freiburg 1883.
Schuster von Bonott: Die gesamtrechtliche Bedeutung der Lehre vom Rechtsschutzanspruch, Festschrift für Wach, Leipzig 1913.
Seckel: Die Gestaltungsrechte, das Bürgerlichen Rechts, Festgabe für Koch, Berlin 1903.
Seuffert: Kommentar zur ZPO., 11. Aufl. München 1910, 1911.
Siber: Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
Skedl: Das österreichische Zivilprozeßrecht,. Leipzig 1900.
Sohm: Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage, Leipzig 1908 .
Stefko: Grundprobleme des Zivilprozeßrechts, Krakau 1915.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 9. Auflage.
Stein: Der Urkunden- und Wechselprozeß, Leipzig 1887.
— Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, Festgabe für Fitting, Halle 1903.
Stein-Jonas: Kommentar zur Z.P.O., 14. Aufl., Tübingen 1928, 1929.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
von Tuhr: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910.

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1885.
— Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1888.
— Der Rechtsschutzanspruch, ZZP., 32, 1 ff.
Wächter: Pandekten, Leipzig 1880.
Weismann: Die Feststellungsklage, Bonn 1879.
— Hauptintervention und Streitgenossenschaft, Leipzig 1884.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Stuttgart 1903.
Westerburg: Besprechung von Bülow, die Zivilprozeßordnung und ihre Nebengesetze, Gruch. Beitr. 26, 453 f.
Wetzell: System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878.
v. Wilmowski-Levy: Kommentar zur ZPO., 7. Aufl., Berlin 1895.
Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts, Düsseldorf 1856.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M., 1906.
Windscheid-Oertmann: Gesammelte Reden und Abhandlungen, Leipzig 1904.
Zitelmann: Das Recht des BGB., Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

Zeitschriften:

Archiv für die Civilistische Praxis, herausgegeben von Heck, Rümelin, Wendt, Bülow, von Kohlhaas = Arch. Civ. Pr.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot, herausgegeben von Rassow und Küntzel = Gruch. Beitr.
Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Ihering, Regelsberger, Ehrenberg, Unger = Iher. Jh.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, herausgegeben von Staff, Jaeger, Kann = Z.Z.P.
Zeitschrift für das Privat- und Oeffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Grünhut = Grünhut Z.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht = L.Z.
Juristisches Literatur-Blatt = J.L.Bl.
Juristische Wochenschrift = J.W.
Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft = Kr.V.J.Schr.

Lebenslauf.

Geboren am 23. August 1902 als Sohn des Gutsbesitzers Valentin Biniek und seiner Ehefrau, Franziska, geb. Nocon, in Rosmierka, Kr. Gr.-Strehlitz, besuchte ich seit 1913 das humanistische Gymnasium in Gr.-Strehlitz und erlangte dort Ostern 1922 das Zeugnis der Reife. Anschließend studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität in Breslau und schloß das Studium mit Ablegung des Referendarexamens beim Oberlandesgericht in Breslau im November 1925 ab. Am 15. Dezember 1925 habe ich auch die mündliche Doktorprüfung bestanden. Im Justizdienst war ich tätig bei der Staatsanwaltschaft in Oppeln, den Amtsgerichten in Oppeln und Oels i. Schl., beim Landgericht in Hirschberg und beim Oberlandesgericht in Breslau. Gegenwärtig befinde ich mich in Berlin zur Ablegung der großen juristischen Staatsprüfung.